

University of Groningen

Soevereiniteit en pluralisme

van Rossem, Jan

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

van Rossem, J. (2014). *Soevereiniteit en pluralisme* (Subreeks Grondslagen van de EU ed.). [Thesis fully internal (DIV), University of Groningen]. Kluwer.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

SOEVEREINITEIT EN PLURALISME

Omslagontwerp: H2R+ creatieve communicatie bv

ISBN: 9789013125344

Ebook: 9789013125351

NUR: 823-301

© 2014 J.W.C. van Rossem

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonneements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

Deel 10b in de Dissertatieserie vakgroep Staatsrecht
Subreeks 'Grondslagen van de EU'
Rijksuniversiteit Groningen

Redactie: Prof. mr. D.J. Elzinga

Eerder verschenen in deze serie:

- Deel 1, mw. Mr. H.B. van Haller
Van kolonie tot koninkrijksdeel
- Deel 2, mr. B.C. Labuschagne
Godsdienstvrijheid en niet-gevestigde religies
- Deel 3, mr. J. Koopman
De democratische inbedding van de regionale politie
- Deel 4, mr. D.A.A. Boersema
Mens Mensura Iuris
- Deel 5, mr. H.G. Hoogers
De verbeelding van het souvereine
- Deel 6, mr. J.L.W. Broeksteeg
Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatrecht
- Deel 7, mw. Dr. I.A. Van den Driessche
Politieke ministeriële verantwoordelijkheid
- Deel 8, mr. S.A.J. Munneke
Inlichtingenplichten en verschoningsgronden in het staatsrecht
- Deel 9, mr. W. van der Woude
Financiële controle in het gemeenterecht
- Deel 10a, mr. M. Duchateau
Het Europees Parlement als transnationale volksvertegenwoordiging



**rijksuniversiteit
 groningen**

Soevereiniteit en pluralisme

Een conceptuele zoektocht naar de constitutionele grondslagen van
de Europese rechtsorde

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
rector magnificus prof. dr. E. Sterken
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 5 juni 2014 om 16:15 uur

door

Jan Willem Casper van Rossem

geboren op 19 februari 1979

te Rotterdam

Promotores

Prof. mr. D.J. Elzinga

Prof. mr. H.G. Hoogers

Beoordelingscommissie

Prof. dr. J. van der Harst

Prof. mr. H.R.B.M. Kummeling

Prof. dr. B. de Witte

Voor Sabine

‘Jede Theorie, die ausgeht von der Alternative Recht oder Macht, Norm oder Wille, Objektivität oder Subjektivität erkennt den dialektischen Bau der staatlichen Wirklichkeit und ist bereits in ihrem Ausgangspunkt verfehlt.’

(Hermann Heller, *Staatslehre*, 1934)

‘Do not forget that there can be no true liberty, and that liberty cannot last, where there is no order.’

(De Venetiaanse vrijheidsstrijder Daniele Manin (1804-1857) roept een uitzinnige menigte op te wachten hem te bevrijden uit de gevangenis waar hij op last van de Oostenrijkse autoriteiten is ingezet, totdat de gouverneur van Venetië hiervoor goedkeuring heeft verleend; verhaald in John Julius Norwich, *The Middle Sea: A History of the Mediterranean*, 2007)

Grondslagen van de EU

De subreeks Grondslagen van de EU van deze dissertatieserie is gericht op de constitutionele bestudering van de Europese Unie. Deze bestudering is dringend gewenst omdat de Unie steeds nadrukkelijker rechtstreeks eenzijdig ingrijpt in de levens van burgers. Daardoor moet zij steeds beter antwoord kunnen geven op vragen naar bijvoorbeeld haar al dan niet democratische legitimiteit, of zij voldoet aan de eisen die doorgaans aan rechtsstaten worden gesteld en welke constitutionele verhouding zij tot de lidstaten heeft. Het is dit type vragen waarop deze subreeks met name gericht is.

De eerste bijdragen die in de subreeks verwacht worden komen voort uit het project Grondslagen van de Europese Unie, dat een drietal dissertaties omvat. Het project onderzoekt op welke conceptuele basis de Europese Unie als constitutioneel project gefundeerd is en gelegitimeerd kan worden. Die conceptuele basis is verre van duidelijk. De staten die lid zijn van de Unie voeren de grondslag van hun rechtssystemen zelf doorgaans terug op een concept dat sinds de late zestiende eeuw het Europese constitutionele denken in belangrijke mate beheerst: soevereiniteit. Volgens veel commentatoren heeft dit concept evenwel aan verklarende werking ingeboet, omdat de lidstaten steeds meer aangelegenheden in Europees verband regelen.

In vertogen waarin de relevantie van soevereiniteit voor het Europese integratieproces ter discussie wordt gesteld, wordt ook vaak verwezen naar de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. Volgens dit Hof vloeien de Europese Verdragen voort uit een autonome bron. Wat aan deze autonomie ten grondslag ligt en hoe zij kan worden gelegitimeerd, is echter evengoed omstreden.

Volgens sommigen is het geen probleem dat er boven de Europese Unie een constitutionele mist hangt. De Unie zou als post-Westfaalse ordening bijvoorbeeld geen behoefte hebben aan een eenduidige grondslag. Of de Unie zou juist een pluralistische ordening zijn die een (heterarchische) netwerkstructuur heeft en meerdere, elkaar uitsluitende soevereiniteitsaanspraken naast elkaar kan verdragen. Dit kan echter niet iedereen bevredigen. Het onderzoeksproject Grondslagen van de Europese Unie stelt op verschillende manieren de vraag centraal in hoeverre met de Europese Unie een werkelijk nieuw fenomeen in het constitutionele recht verschenen is en wat de fundering en legitimering van dat fenomeen is.

Voorwoord

Een proefschrift schrijven is geen sinecure. Zo heb ik, en niet te vergeten mijn naaste omgeving, het althans ervaren. Wat ruim zeven jaar geleden in Groningen begon als een proces waarin aanvankelijk op zorgeloze wijze veelvuldig de benen op tafel werden gegooid – de ‘wetenschappelijke houding’ zo werd mij verteld – veranderde in de jaren daarna in een taaie persoonlijke strijd en soms zelfs koortsachtige worsteling om een gedegen intellectueel resultaat neer te zetten. Zou ik, als dat zou kunnen, er opnieuw aan beginnen? Niet op deze manier denk ik. Dat neemt niet weg dat er in de zeven jaar die nu achter me liggen, tijdens het schrijven van dit boek talloze inspirerende momenten zijn geweest. Dat is voor een groot deel te danken aan het object van mijn onderzoek, het Europese integratieproces. Een verhandeling over de staatsrechtelijke positie van de gemeentelijke ombudsman had ik waarschijnlijk niet tot een goed einde gebracht. Maar het onderwerp van dit boek heeft me continu geboeid. De afgelopen jaren, door de dynamiek van de eurocrisis, is die fascinatie alleen maar sterker geworden.

Ik ben veel mensen dank verschuldigd. Een aantal van hen wil ik hier graag noemen. Ik begin met mijn twee promotores: Douwe Jan Elzinga en Gerhard Hoogers. Beiden hebben mij ieder op hun eigen manier terzijde gestaan bij de totstandkoming van deze dissertatie. Douwe Jan was de man die mij in vrijheid liet schrijven en te hulp schoot op een moment waarop dat nodig was. Gerhard was de man aan wiens schier onuitputtelijke kennis – zinnig en regelmatig ook tamelijk onzinnig – ik mij altijd kon laven. Van Gerhard heb ik geleerd dat de rechtswetenschap zich uitstrekt tot voorbij de grenzen van het positieve recht.

Behalve mijn promotores zijn er ook nog andere mensen uit de academische gemeenschap die mij hebben geholpen. In dankbare herinnering denk ik terug aan Alfons Dölle, die, een al decennia niet meer afgewassen mok koffie in zijn hand, op gezette tijden mijn werkkamer kwam binnenwandelen om vervolgens geduldig en erudiet uit te leggen hoe D66 onmogelijk het antwoord kon betekenen op de problemen van onze maatschappij. Bij deze bijeenkomsten was ook vaak mijn kamergenoot Wouter Hulstijn aanwezig. Hem wens ik veel kracht toe bij het voltooien van zijn proefschrift.

In Utrecht gaat mijn dank allereerst uit naar Remco Nehmelman. Remco haalde mij binnen op ASP 200 en is de afgelopen twee jaren altijd vol vertrouwen geweest. Een woord van dank gaat ook uit naar Henk Kummeling, die mij ervan overtuigde dat mijn boek zo goed als klaar was en zich daarna bereid toonde om in mijn leescommissie plaats te nemen.

Het schrijven van dit boek heeft me langs tal van plekken gevoerd. Buiten vertrouwde bureaus in Groningen, Utrecht en Zwolle heb ik geschreven aan min of meer geïmproviseerde werktafels in Rotterdam, Bilthoven en Lemmer. De

VOORWOORD

eigenaren van deze werktafels – in het bijzonder mijn ouders Solko en Atie Schalm en mijn schoonouders Barent en Kristine ten Doesschate – ben ik erg dankbaar voor hun steun. Ik vind het erg verdrietig dat mijn moeder de voltooiing van dit proefschrift niet heeft kunnen meemaken, maar troost me met de gedachte dat zij wel heeft beseft dat die voltooiing er zou komen. In de categorie ‘geïmproviseerde werktafels’ wil ik verder mijn dank betuigen aan CKV Advocaten, de familie Roorda/Beeker en de familie Hissink. Ook zij hebben ervoor gezorgd dat ik ruimte had om mijn verhaal op te tekenen.

In de eindfase van dit onderzoek hebben verschillende mensen zich bereid verklaard om mee te helpen het manuscript af te ronden.¹ Herman van Harten en Hanneke van Eijken hebben stukken van commentaar voorzien. Esther Knot, Coen Modderman, Max Vetzo, Maria Broekman en Michiel Duchateau hebben veel noeste redigeerarbeid verricht. Mijn dank daarvoor is groot. Bovenal wil ik op deze plek mijn dank uitspreken richting Susan Sitter, mijn onvolprezen schoonmoeder. Susan heeft niet alleen een belangrijk aandeel gehad in de eindredactie van dit boek, maar vooral ook is zij de afgelopen jaren een geweldige steun en toeverlaat geweest voor mijn gezin.

Dat gezin bestaat inmiddels uit drie kinderen. Dirk, Hugo en Anouk – ik heb jullie moeder ooit voorgehouden dat ik pas kinderen wilde op het moment dat dit boek af was. Gelukkig heeft zij niet naar mij geluisterd. Soevereiniteit bleek uiteindelijk toch altijd een relatief concept, als ik na een dag schrijven in jullie vrolijke gezelschap mocht verkeren.

Lieve Sabine, aan jou draag ik dit proefschrift op. Ik heb je volgens mij ooit beloofd mijn hele voorwoord aan jou te wijden. Daar heb ik bij nader inzien toch maar van afgezien. Maar dat maakt mijn dankbaarheid niet minder groot voor de manier waarop je mij de gehele tijd hebt gesteund en vertrouwen hebt gegeven. Ik kijk uit naar onze toekomst samen. Daarin kan ik je hopelijk laten merken hoezeer ik deze steun en dit vertrouwen heb gewaardeerd.

Jan Willem van Rossem
Zwolle, april 2014

¹ Mijn speciale dank gaat ook uit naar Yotam Ottolenghi en George R.R. Martin. Hun boeken hebben mij in de laatste en beslissende fase van het schrijfproces veel steun en afleiding bezorgd.

Inhoudsopgave

GRONDSLAGEN VAN DE EU	IX
VOORWOORD	XI
INHOUDSOPGAVE.....	XIII
INLEIDING	1
1 Constitutioneel dubbelspoor.....	1
2 Een zoektocht	4
3 Opzet	8
DEEL I SOEVEREINITEIT	11
HOOFDSTUK 1 SOEVEREINITEIT IN HISTORISCH EN RECHTSFILOSOFISCH PERSPECTIEF	13
1.1 Inleiding	13
1.2 Van standenmaatschappij tot soevereine staat	14
1.3 Rechtvaardiging van staatsmacht	20
1.4 De Franse Revolutie: soevereiniteit van het volk.....	23
1.5 Concurrerende soevereiniteitsaanspraken en opkomst van de rechtsstaat	30
1.6 Primaat van de politiek of van het recht?	35
1.7 Conclusie.....	39
HOOFDSTUK 2 TUSSEN RECHT EN POLITIEK.....	41
2.1 Inleiding	41
2.2 Revolutie en evolutie.....	42
2.3 Eerste antwoord: ‘Die Freiheit konstituiert nichts’	48
2.3.1 Noodzaak van politieke vorm.....	48
2.3.2 Identiteit en representatie.....	52
2.4 Tweede antwoord: ‘The basic principle of democracy, the idea of freedom’	55
2.4.1 Veritas, non auctoritas facit legem?.....	55
2.4.2 Politieke eenheid als illusie.....	60
2.5 Derde antwoord: ‘The Task of Foundation’	64
2.6 De paradox van soevereiniteit	68
2.6.1 De constituering van een politieke eenheid	68
2.6.2 Twee gezichten van liberalisme	74
2.7 Soevereiniteit en internationaal recht	77
2.8 Conclusie.....	83

INHOUDSOPGAVE

HOOFDSTUK 3 SOEVEREINITEIT IN DRIE LIDSTATEN	85
3.1 Inleiding	85
3.2 Frankrijk	86
3.2.1 Betekenis van soevereiniteit voor het Franse recht	86
3.2.2 Franse soevereiniteit en Europese integratie	92
3.3 Duitsland	95
3.3.1 Betekenis van soevereiniteit voor het Duitse recht	95
3.3.2 Duitse soevereiniteit en Europese integratie	101
3.4 Nederland	108
3.4.1 Een theorie die ongelukkig maakt	108
3.4.2 Misschien toch Nederlandse soevereiniteit?	111
3.4.3 Gevolgen van het ontbreken van een soevereiniteitsconceptie	115
3.4.4 Europese integratie zonder Nederlandse soevereiniteit	122
3.5 Conclusie	127
DEEL II PLURALISME	129
HOOFDSTUK 4 CONSTITUTIONALISERING VAN DE UNIE	131
4.1 Inleiding	131
4.2 Verkenningen	132
4.3 Directe werking en voorrang	138
4.4 Autonomie	146
4.5 Principes en pragmatisme	151
4.6 Andere pijlers van het primaat van het Unierecht	157
4.7 Conclusie	163
HOOFDSTUK 5 EUROPESE CONSTITUTIONELE THEORIE	165
5.1 Inleiding	165
5.2 Constitutioneel handvest	166
5.3 Formele constitutie	170
5.4 Materiële constitutie	175
5.5 Constitutie zonder constitutionalisme?	181
5.6 Shocktherapie uit Karlsruhe	187
5.7 Het Maastricht-Urteil als katalysator	191
5.8 Drie theorieën	195
5.8.1 Multilevel constitutionalisme	196
5.8.2 Normatief pluralisme	200
5.8.3 Politiek pluralisme	204
5.9 Conclusie	206
HOOFDSTUK 6 PLURALISME IN DE PRAKTIJK	209
6.1 Inleiding	209
6.2 Pluralisme in procedurele zin: de prejudiciële procedure	210
6.2.1 Naar een Uniewijde rechterlijke hiërarchie	211

INHOUDSOPGAVE

6.2.2	Kanttekeningen	214
6.2.3	Tijd voor een koerswijziging? (Elchinov)	219
6.3	Pluralisme in materiële zin: grondrechten	226
6.3.1	Centralisering van grondrechtenbescherming	226
6.3.2	Het onverzoonbare verzoend?	232
6.3.3	Een ‘waarlijke rechtsunie’	236
6.4	Pluralisme in materiële zin: nationale identiteit	239
6.4.1	Pluralistisch paradepaardje	239
6.4.2	Nationale identiteit in de praktijk	243
6.4.3	‘Ewigheidsklausels’	248
6.5	Conclusie	251
DEEL III SOEVEREINITEIT EN PLURALISME		253
HOOFDSTUK 7 SOEVEREINITEIT EN ZELFBESCHIKKING		255
7.1	Inleiding	255
7.2	Deelbaarheid van soevereiniteit	257
7.2.1	Brno versus Karlsruhe	257
7.2.2	Zelfbeschikking als ratio achter soevereiniteit	260
7.2.3	Kool en geit	262
7.3	Multilevel constitutionalisme en de paradox van soevereiniteit	266
7.3.1	Een soeverein met verschillende verschijningsvormen	266
7.3.2	Duale democratie	269
7.3.3	Resterende uitgangspunten	272
7.4	Retour à Van Gend & Loos en Costa	276
7.4.1	Sceptis over constitutioneel narratief	276
7.4.2	Pacta sunt servanda	278
7.4.3	Zelfbinding of zelfbeschikking?	282
7.5	Profiel schets van een Europese demos	285
7.5.1	Blik op de toekomst	285
7.5.2	In verscheidenheid verenigd	291
7.5.3	Acclamatie	295
7.5.4	Soevereiniteit als diachronisch proces	300
7.6	Constitutionele finaliteit	303
7.6.1	Potentialiteit van crisis	303
7.6.2	De autonomiethese als ‘self-fulfilling prophecy’	307
7.7	Conclusie	312
HOOFDSTUK 8 GRENZEN AAN PLURALISME		315
8.1	Inleiding	315
8.2	Heterarchie als normatief ideaal	316
8.2.1	Individuele zelfbeschikking versus collectieve zelfbeschikking	316
8.2.2	Burgerschapsjurisprudentie in kort bestek	321

INHOUDSOPGAVE

8.2.3	Het mirakel van het burgerschap?	325
8.3	Pluralisme en vrijheid	330
8.3.1	Law of Laws	330
8.3.2	Spiegel van de middeleeuwen	335
8.3.3	Westfalen voorbij?	341
8.3.4	Exclusiviteit	345
8.4	Conclusie	353
HOOFDSTUK 9 DE UNIE ALS FEDERATIE		355
9.1	Inleiding	355
9.2	Oude wijn in nieuwe zakken	357
9.3	Het concept federatie volgens Carl Schmitt	362
9.4	Ratio en aanzicht van de Europese Bund	368
9.5	Tussen hoogverraad en constitutionele trouw	372
9.5.1	De Bund en revolutie	372
9.5.2	Federale loyaliteit en voorrang	377
9.6	Herren der Verträge	380
9.6.1	Artikel 48 VEU en Defrenne	380
9.6.2	De uitzondering van Bangladesh	385
9.7	De eurocrisis als uitzonderingstoestand?	389
9.7.1	Tussen recht en politiek in een tijd van crisis	390
9.7.2	Zelfbeschikking in de knel	396
9.7.3	Heeft het laatste federale uur geslagen?	404
9.8	Conclusie	407
CONCLUSIE		409
1	Veelheid en eenheid	409
2	Is soevereiniteit een worst?	411
3	Pluralisme als illusie	414
4	De Europese Unie is geen UPO	418
SUMMARY		423
LITERATUURLIJST		427
JURISPRUDENTIELIJST		483
PERSONEN- EN ZAKENREGISTER		491
CURRICULUM VITAE		497

Inleiding

1 Constitutioneel dubbelspoor

In een bijdrage die enige tijd geleden verscheen in de *New York Times* luidde een keur aan staatsrechtjuristen, politicologen en politici de noodklok over de democratische rol van de Amerikaanse Senaat, het deel van het Congres waarin de staten worden vertegenwoordigd.¹ Volgens de bijdrage bestaat er in de Verenigde Staten in toenemende mate ongemak over de disproportioneel machtige rol die kleine staten in het Amerikaanse politieke proces innemen. In de Senaat heeft elk van de vijftig staten twee leden, met allemaal evenveel stemgewicht.² Dit zorgt voor scheve verhoudingen. Op basis van dit systeem heeft een inwoner van Wyoming, een staat met iets meer dan een half miljoen inwoners, veel meer invloed dan een inwoner van Californië, een staat met ruim 37 miljoen inwoners. Er zullen echter genoeg juristen rondlopen die geneigd zijn deze verontwaardiging weg te wuiven. Van James Madison, één van de *Founding Fathers* van de federale Constitutie van 1787, hebben zij kunnen leren dat een dergelijke oneffenheid inherent is aan een constitutioneel systeem dat op een federale manier is georganiseerd.³ Het Amerikaanse bestel zou hiermee niet minder democratisch zijn dan landen met een unitair karakter, zoals Nederland. Sterker nog, men zou zo'n correctie op de meerderheidsregel inhoudelijk gezien zelfs als een zegen voor de vrijheid en democratie kunnen beschouwen, omdat de rechtsstaat erdoor wordt versterkt.⁴

Betreft kritiek op de democratische aard van een stelsel dat, om te accommoderen dat het put uit twee bronnen, kenmerken vertoont die op één bepaald

¹ Adam Liptak, 'Smaller States Find Outsize Clout Growing in Senate', *New York Times* 11 maart 2013. Zie www.nytimes.com/interactive/2013/03/11/us/politics/democracystested.html.

² Art. I sect. 3 U.S. Constitution.

³ Zie e.g. James Madison, 'Federalist Paper No. 62' [1788], in: Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist* (New York: Barnes & Nobles Classics 2006) 342-343. De Senaat wordt in het Congres geflankeerd door het Huis van Afgevaardigden, dat geacht wordt het Amerikaanse volk te representeren.

⁴ Vgl. recentelijk ook Chief Justice John Roberts in de veelbesproken Obamacare-zaak. Hierin betoogde Roberts onder meer dat het Amerikaanse federale systeem gebaseerd was op 'what might at first seem a counterintuitive insight, that freedom is enhanced by the creation of two governments, not one.' (*National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. ___ (2012)).

INLEIDING

overheidsniveau tot ongelijkheid leiden, inderdaad een vals probleem? Deze vraag raakt aan de kern van de problematiek die in dit onderzoek centraal staat. Alleen wordt zij niet primair gesteld met betrekking tot het constitutionele systeem in de Verenigde Staten, maar met betrekking tot het constitutionele systeem in de Europese Unie. Ook in Europa is de premisse dat een mix van eenheid en verscheidenheid niet per se een negatieve democratische balans oplevert, inmiddels een vrij vertrouwd vertrekpunt in de constitutionele literatuur. De vlag die in deze literatuur meestal gebruikt wordt om deze boodschap te verkondigen, draagt niet de naam federalisme, maar de naam constitutioneel pluralisme.⁵ Essentie van deze theoretische stroming is dat Europa inmiddels op een constitutioneel dubbelspoor zit. De voorloper van de Unie, de Europese Economische Gemeenschap, kon ooit misschien als een gewone volkenrechtelijke organisatie, dienstbaar aan de statenstichters van het verdrag, worden aangemerkt. Vandaag, zo is de analyse, zou de Unie echter beschikken over een eigen legitimatielijn. En met deze eigen legitimatielijn is er beweerdelijk een constitutionele ordening in Europa tot stand gekomen die zich niet langer laat beschrijven aan de hand van het klassieke principe van hiërarchie, maar aan de hand van heterarchie.

De hypothese dat de Europese rechtsorde op een, in existentieel opzicht, pluralistische manier is gestructureerd, heeft grote gevolgen voor een uitgangspunt dat eeuwenlang een kardinale rol heeft gespeeld bij het ordenen van de juridische relaties binnen en tussen de staten die lid zijn van de Europese Unie: soevereiniteit. Dit leerstuk is sinds het ontstaan van de vroegmoderne statengemeenschap in de zestiende eeuw, en in het bijzonder vanaf eind achttiende eeuw met het uitbreken van de Franse Revolutie, het dominante prisma geweest voor vraagstukken op het breukvlak van recht en politiek. Nu de lidstaten door het integratieproces steeds meer met elkaar vervlochten raken, behalve in economische zin ook in constitutioneel opzicht, zou soevereiniteit geen adequaat paradigma meer vormen om de complexe Europese juridische werkelijkheid te verklaren; althans niet zolang het begrip een bepaalde, traditionele betekenis wordt toegedicht. Binnen de academische gemeenschap, zeker die in Nederland, is men hier over het algemeen niet rouwig om. Soevereiniteit is ook een omstreden fenomeen. Vanwege haar wortels in een tijd dat de absolute vorstenstaat in Europa de norm werd, wordt zij vaak beschouwd als een onbuigzaam fenomeen dat vrijheid eerder bedreigt dan ten goede komt. Veel Nederlandse rechtenfaculteiten hebben intussen dan ook enthousiast een programma opgestart dat op de één of andere manier het uitgangspunt omarmt van een rechtsorde die niet langer hiërarchisch, maar pluralistisch is geordend.⁶

⁵ Zie bijvoorbeeld Matej Avbelj en Jan Komárek (red.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* (Oxford: Hart Publishing 2012).

⁶ Zie bijv. aan de Universiteit Utrecht het onderzoeksproject 'gedeelde soevereiniteit' van het Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (RENFORCE). Aan de Universiteit van Amsterdam is er het onderzoeksprogramma 'Compound Constitution(s) in Europe'.

Inmiddels is soevereiniteit weer helemaal terug op de agenda. Reden hiervoor is de eurocrisis. Door de maatregelen die ter bestrijding hiervan zijn genomen en nog op de rol staan om te worden genomen, is een discussie teruggekomen die men in pluralistische kringen enigszins afgeschud dacht te hebben: het debat over een Europees democratisch deficit. Kort gezegd houdt dit debat in dat mensen hun zorgen uiten over de omstandigheid dat de lidstaten in toenemende mate bevoegdheden opdragen aan Europese instituties of in Europees verband samen met elkaar uitoefenen, maar daar onvoldoende dekking in democratisch opzicht tegenover zetten. Als gevolg van de eurocrisis heeft deze problematiek zich verdiept. Niet langer lijkt het voornaamste bezwaar dat democratische instituties, in het bijzonder het Europees Parlement, te weinig te zeggen hebben. Fundamenteler is dat er op een moment dat het verstand wellicht ingeeft dat klassieke bevoegdheden van de natiestaat, zoals het begrotingsrecht, Europeanisering behoeven, praktische en existentiële twijfels rijzen of een dergelijk proces wel wenselijk en haalbaar is.⁷

In zekere zin zien we nu in Europa het omgekeerde gebeuren van wat, blijkens het hierboven genoemde artikel in de *New York Times*, op dit moment in de Verenigde Staten aan de gang is. In Amerika leeft de perceptie dat het democratische proces wordt gefrustreerd door een constitutioneel arrangement dat oorspronkelijk werd opgezet om de democratie op het niveau van de deelstaten te beschermen. In Europa daarentegen openbaart zich de vrees dat het democratische proces wordt bedreigd doordat de nood zich opdringt om zaken op centraal niveau te organiseren. Ondanks dit verschil in invalshoek, is de overeenkomst tussen beide situaties evenwel treffend. De les die getrokken zou kunnen worden is dat een model van duale democratie kennelijk alleen goed werkt zolang de rechtsgenoten in zo'n democratie ook bereid zijn het democratische gehalte van een constitutionele ordening af te meten van twee verschillende niveaus. Op het moment dat de verwezenlijking van het gelijkheidsbeginsel op één enkele overheidslaag centraal wordt gesteld, ontstaat een probleem.

Het constitutionele spanningsveld dat door het uitbreken van de eurocrisis bloot is komen te liggen in Europa, is niet van gisteren. Het is feitelijk ontstaan toen het Europese Hof van Justitie de Europese Verdragen een halve eeuw geleden in de baanbrekende arresten *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* ontworstelde aan wat oud-rechter Pierre Pescatore 'the banality of international law' heeft genoemd.⁸ In beide zaken oordeelde het Hof dat de Verdragen niet alleen een aangelegenheid waren van de lidstaten, maar ook van de burgers van deze lidsta-

⁷ Zie *infra*, § 9.7. Vgl. daarnaast A. van den Brink en J.W. van Rossem, 'De zaak Pringle en de eurocrisis: juridische paradoxen en constitutionele perspectieven', 19 *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* (2013) 255, 261-263.

⁸ Pierre Pescatore, 'Van Gend en Loos, 3 February 1963 – A View from Within', in: Miguel Poiares Maduro en Loïc Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 5.

INLEIDING

ten. Daarmee bracht de Luxemburgse rechter Europa op het spoor van het constitutionele recht. Verderop in deze studie zal uiteen worden gezet dat de denkstroming van constitutioneel pluralisme een direct antwoord op deze ontwikkeling is geweest. Geconfronteerd met constitutionele gezagsaanspraken parallel aan al bestaande gezagsaanspraken van de lidstaten, gingen juristen ertoe over deze aanspraken zo opnieuw vorm te geven dat zij verklarende werking kregen voor het veranderde wereldbeeld dat de juristen meenden waar te nemen.

In het licht van bovenstaande vergelijking komt de vraag op of dit antwoord wel correct was. Wat genoemde juristen waarnamen, leek in essentie op een botsing van soevereiniteitsclaims. Opgeleid met de gedachte dat soevereiniteit, traditioneel gedacht, een absolute natuur heeft en geen rivalen naast zich duldt, was vervolgens de denkstap dat zich een nieuw paradigma aan de Europeaan opdrong. Het uitstapje naar de Verenigde Staten ondergraaft de houdbaarheid van deze aanname op twee manieren. In de eerste plaats in de zin dat hierdoor discussie kan ontstaan over de vraag of de centrale premisse van constitutioneel pluralisme (en het federalisme van Madison) wel klopt dat het mogelijk is om twee constitutionele sporen duurzaam met elkaar te verbinden of in ieder geval parallel aan elkaar te laten lopen. In de tweede plaats – en dit geldt eigenlijk ongeacht of het antwoord op de vorige vraag negatief of positief is – in de zin dat de vraag gerechtvaardigd lijkt of überhaupt wel gesteld kan worden dat in Europa is gebroken met een bestaand wereldbeeld.

2 Een zoektocht

Dit proefschrift heeft het karakter van een zoektocht – een conceptuele zoektocht naar de constitutionele grondslagen van de Europese rechtsorde. Hierboven bleek dat deze zoektocht gestructureerd is aan de hand van twee onderzoeksvragen, die met elkaar samenhangen. Enerzijds is dat de vraag of het voorstelbaar is om een rechtsorde te conceptualiseren die niet, zoals een klassiek soevereiniteitsbegrip lijkt te dicteren, gegrondvest is op hiërarchie en rechtseenheid maar, op basis van een gewijzigde opvatting van soevereiniteit of zelfs afwijzing van de notie, zich juist kenmerkt door heterarchie en rechtspluralisme.⁹ Anderzijds is dat de vraag of met de Europese variant van constitutionalis-

⁹ Zoals ook besloten ligt in de titel van deze dissertatie, wordt in dit boek in beginsel gesproken van het conceptualiseren van heterarchie in *één Europese rechtsorde*. Of überhaupt wel gesproken kan worden van één rechtsorde is, ook in pluralistische kringen, echter onderwerp van discussie. Zoals aan het einde hoofdstuk 5 zal worden besproken, zijn er pluralistische varianten die uitgaan van een heterarchische relatie tussen *twee rechtsordes*. Ook uit de jurisprudentie van het Europese Hof komt dit beeld naar voren. Wat daar precies van zij, zal gaandeweg dit boek worden uitgerold. In algemene zin mag in wat hieronder volgt in de keuze

me die, misschien wel als vroege uiting van het globaliseringsproces, over de afgelopen decennia tot ontwikkeling is gekomen, een streep is gezet door een wereldbeeld dat in Europa althans altijd geassocieerd is met de in 1648 gesloten Vrede van Westfalen.

Zoals zojuist werd beschreven, kan de onmiddellijke relevantie en urgentie van de beantwoording van deze twee vragen gevonden worden in de eurocrisis. Door het uitbreken hiervan, in 2008, is vrij pontificaal de vraag op tafel komen liggen wat de aard van de EU nu precies is en aan de hand van welke constitutionele leerstukken zij moet worden verklaard. De eurocrisis vormt echter niet de aanleiding voor dit onderzoek. Er werd een begin mee gemaakt in 2007, toen Lehman Brothers nog niet omgevallen was en Europa zich opmaakte voor een nieuwe ronde verdragsonderhandelingen – nodig geworden omdat twee jaar eerder, in 2005, na referenda hierover in Frankrijk en Nederland het project van een Europese Grondwet was gestrand. Dit proefschrift heeft ook niet als doel om een antwoord te formuleren op de door de crisis opgeworpen vraag welke kant het in constitutionele zin met het integratieproces op moet. Waar het toe strekt, is om te onderzoeken in hoeverre de Europese Unie inderdaad gevangen kan worden in de theoretische mal van constitutioneel pluralisme – een paradigma dat allereerst uitgaat van een eigen politiek bestaan van de Unie en in de tweede plaats hieraan de hypothese koppelt van een flankerend eigen politiek bestaan van de lidstaten. De uitkomsten van dit onderzoek kunnen vervolgens worden gebruikt om beter te begrijpen waar Europa zich momenteel bevindt. Ook los hiervan zou er beweerdelijk echter behoefte zijn geweest aan een kritische reflectie op een conceptueel model dat in korte tijd zo dominant is geworden en als premisse van tal van wetenschappelijke onderzoeksprogramma's fungeert.

Kompas tijdens de zoektocht die hier wordt uitgezet is het leerstuk van soevereiniteit. Met name in de laatste hoofdstukken van dit boek zal bij dit begrip aangeknoopt worden om de weg te wijzen ten aanzien van de verschillende Europeesrechtelijke theorieën, en om de verschillende elementen van deze theorievorming kritisch te bezien. De methode die gehanteerd wordt is aldus een deductieve; een algemeen leerstuk wordt ingezet om tot een oordeel te komen over de consistentie van meer specifieke theorieën. Hiermee wordt een tegenovergestelde weg bewandeld als in veel pluralistische verhandelingen. Deze zijn over het algemeen inductief van aard. Zij nemen een bepaald verschijnsel waar – een multidimensionale Europese rechtsorde – en proberen daar een algemene verklaring voor te vinden. Deze verklaring, die aanvankelijk voornamelijk descriptief is, wordt vervolgens vaak normatief van aard; bijvoorbeeld: de Unie *is*

voor de notie 'Europese rechtsorde' geen normatieve kwalificatie worden gelezen. De notie staat in eerste instantie voor de totale juridische ordening van Europese Unie en lidstaten, zonder dat daarmee wat wordt weggegeven over de aard van deze ordening.

INLEIDING

een samengestelde rechtsorde en *daarom moeten* rechters en politici aan weersijden van het constitutionele spectrum *zo* handelen.¹⁰

Hiervoor kwam al ter sprake dat de keuze voor soevereiniteit als prisma voor argwaan kan zorgen. Wie soevereiniteit bij een onderzoek naar de grondslagen van de Europese Unie als toetssteen gebruikt, zo zou kunnen worden betoogd, komt onherroepelijk uit bij het starre schema ‘staat-internationale organisatie’, waarvan de toepassing op de Unie nu juist in twijfel wordt getrokken. Dit betoog wordt in deze studie niet onderschreven. Soevereiniteit heeft veel weg van een institutioneel feit.¹¹ In tegenstelling tot een naakt feit, dat in beginsel onafhankelijk van het menselijk waarnemen bestaat, ‘is’ zij omdat mensen dit geloven of aanvaarden. Deze afhankelijkheid van een door mensen ervaren werkelijkheid impliceert dat soevereiniteit geen rigide betekenis hoeft te hebben. Indien het publiek dat constitutief is voor haar bestaan haar anders ervaart, verschiet zij immers van kleur. Wil soevereiniteit over institutionele feitelijkheid blijven beschikken, dan mogen zulke kleurverschillen ondertussen niet volledig afdoen aan haar expliciterende vermogen. De gedachte die in dit boek gevolgd wordt, is dat soevereiniteit aan verklarende werking inboet als zij te zeer wordt ingepast in een werkelijkheid die zij probeert te verklaren.

Wat is de essentie van soevereiniteit? Aan de beantwoording van deze vraag zal in de eerste hoofdstukken uitgebreid aandacht worden besteed. Hier volstaat de opmerking dat soevereiniteit kan worden opgevat als discursieve grootheid waarmee een verbinding kan worden gelegd tussen recht en politiek. Voordat soevereiniteit als institutioneel feit in de wereld kwam, grof gezegd het tijdvak voor de Reformatie, was een dergelijk mechanisme nog niet strikt noodzakelijk in Europa. De Middeleeuwen leefden in de veronderstelling dat alle macht uitging van God. Wat op aarde, in de *Respublica Christiana*, zo goed en zo kwaad als het kon aan macht werd uitgeoefend, was in theorie ingebed in een normatieve, door goddelijk natuurrecht en gewoonterecht aan elkaar gewoven ordening.¹² In de wereld die ontstond na het uitbreken van de Reformatie, toen de bodem aan deze ordening ontviel, lagen de zaken anders. Als gevolg van het schisma in de Christenheid en de vele godsdiensttwisten die daarmee gepaard gingen, werden mensen steeds meer op zichzelf teruggeworpen. Veel scherper dan voorheen werd de vraag gesteld: waarom heb ik als individu eigenlijk te gehoorzamen aan

¹⁰ Ook ten aanzien van de beoefening van de rechtswetenschap als zodanig maakt deze opvatting school. Vgl. e.g. Armin von Bogdandy, ‘The future of European constitutional scholarship’, in: M. Diamant e.a. (red.), *The Powers that Be: Op zoek naar nieuwe checks and balances in de verhouding tussen wetgever, bestuur, rechter en media in de veellagige rechtsorde* (Oisterwijk: Wolf legal Publishers 2013) 28-30.

¹¹ Zie o.a. W.G. Werner en J.H. de Wilde, ‘The Endurance of Sovereignty’, 7 *European Journal of International Relations* (2001) 283-313. Vgl. over de betekenis van institutionele feiten verder: Luuk van Middelaar, *De passage naar Europa: Geschiedenis van een begin* (Groningen: Historische Uitgeverij 2009) 294-297.

¹² Zie voor een kort overzicht: D.J. Elzinga en R. de Lange, *Van der Pot: Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (Deventer: Kluwer 2006) 3-10.

normen die boven mij zijn gesteld? Het probleem van de oorsprong van macht en gezag werd zodoende langzaam een immanente aangelegenheid. De gedachte vatte post dat mensen zelf, vanaf een positie *buiten* het recht, over de rechtsorde waarvan zij deel uitmaakten konden beslissen.

In de liberale democratische rechtsstaat die het model is geworden voor de lidstaten en, in materiële zin, ook voor de Europese Unie, is deze gedachte niet langer vanzelfsprekend. Door de jaren heen hebben voorstellingen over soevereiniteit en het natuurrecht, haar metafysische tegenhanger, in toenemende mate plaats gemaakt voor rechtspositivisme – dat wil zeggen, voor de gedachte dat het recht kan worden bestudeerd zonder acht te slaan op de vraag waardoor het wordt geconstitueerd. Behalve van fascinatie voor de constitutionele dynamiek van het Europese integratieproces, vormen dit proefschrift en de methodologische keuzes die eraan ten grondslag liggen ook een weerslag van verwondering over deze veronderstelling. Uiteraard heeft de rechtswetenschap, net als andere wetenschappelijke disciplines, zo haar eigen dwang. Dat rechtvaardigt beweerdelijk echter niet meteen om uit te roepen, zoals een Duitse staatsrechtgeleerde een eeuw geleden deed: ‘Das Staatsrecht hört hier auf’.¹³ Juist de staatsrechtjurist lijkt het in veel gevallen aan zijn stand verplicht om voorbij de horizon van het positieve recht te kijken. Doet hij dat niet, dan loopt hij het risico ‘specialist van de lege vormen die langzaam inhoud krijgen’ te worden, zoals Luuk van Middelaar het in zijn eclecatische geschiedenis van het integratieproces, *De passage naar Europa*, beschreef.¹⁴ Rechtspositivisme, zeker zoals dat wordt bedreven op het grensvlak tussen Europees en nationaal recht, mondt namelijk niet zelden ook uit in normatief geladen opinies, die zonder metajuridisch referentiepunt betrekkelijk willekeurig kunnen overkomen.¹⁵

De kritische bril die in dit boek wordt opgezet wat betreft de assumpties van een strikt positivistische beoefening van het recht, leidt er ondertussen niet toe dat de positie wordt ingenomen dat voor een goed beeld van de aard van Europese integratie het primaat zou moeten liggen bij bestudering van de politiek.¹⁶ Hoewel soms de rafelranden van het recht worden opgezocht, is dit een juridisch proefschrift. Voor zover het mogelijk is om ooit een werkelijk objectief beeld van de aard van het integratieproces te krijgen, zal dat moeten gebeuren vanuit het besef dat begrippen zoals recht en politiek onderling met elkaar zijn verbon-

¹³ G. Anschütz, ‘Lücken in den Verfassungs- und den Verwaltungsgesetzen’, 14 *Verwaltungsarchiv* (1906) 336.

¹⁴ Van Middelaar, *De passage naar Europa*, 23.

¹⁵ Vgl. R. de Lange, ‘De bijdrage van de rechter aan de ontwikkeling van de constitutie en de rechtsvormende taak van de rechter’, in: Aernout Nieuwenhuis, Jan-Herman Reestman en Carla Zoethout (red.), *Rechterlijk activisme. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. J.A. Peters* (Nijmegen: Ars Aequi 2011) 150-151, die refereert aan een onderscheid tussen ‘conceptual positivism’ – ‘het nauwkeurig beschrijven van geldende rechtsnormen’ – en ‘political positivism’ – ‘waarbij de beschrijving geladen wordt met nogal sterk normatief gekleurde aannames’.

¹⁶ Dit is wat Van Middelaar voorstelt. Zie Van Middelaar, *De passage naar Europa*, 28-30.

INLEIDING

den; elkaar veronderstellen. Soevereiniteit, en aanverwante begrippen als *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué*, kunnen hier een bijdrage aan leveren.

Voordat een uiteenzetting zal worden gegeven van de verschillende hoofdstukken waarin de zoektocht vorm krijgt die in dit boek gevoerd wordt, tot slot op deze plaats, ter verdere verantwoording, nog enkele opmerkingen. Allereerst zij alvast gezegd dat soevereiniteit in het vervolg van dit boek zal worden opgevat als een, in essentie, eenduidig begrip. Op het Verenigd Koninkrijk na, heeft soevereiniteit in alle lidstaten van de EU die met het concept werken – en uitgezonderd Nederland zijn dat verder praktisch alle lidstaten – de functie van verklaringsmythe van de eigen constitutionele orde.¹⁷ Accentverschillen wat betreft het subject van soevereiniteit (volk of natie) of procedurele mogelijkheden om het concept in rechte te activeren, doen niet af aan deze wezenlijke overeenkomst. Daarnaast lijkt het raadzaam om er hier op te wijzen dat het onderzoek dat in de komende hoofdstukken verricht zal worden, als conceptueel vertoog, in niet onbelangrijke mate het karakter heeft van een ontmoeting en gesprek met verschillende juridische en politieke denkers. Wat betreft de inzet van jurisprudentie en positief recht heeft het boek niet de pretentie compleet te zijn.

3 Opzet

De zoektocht in dit boek naar de grondslagen van de Europese rechtsorde verloopt in drie etappes. In het eerste deel staat het leerstuk van soevereiniteit centraal. Hoofdstuk 1 stelt zich allereerst tot doel om de historische en rechtsfilosofische ontwikkeling van het begrip na te gaan. Deze ontwikkelingsgang resulteert erin dat bloot komt te liggen dat soevereiniteit een in essentie modern fenomeen is dat zich, met name sinds de Franse Revolutie, bezighoudt met de vraag onder welke omstandigheden en voorwaarden het mogelijk is om een rechtsorde te stichten en van gelding te blijven voorzien. Soevereiniteit blijkt, in het kort, een notie die balanceert tussen recht en politiek, waarbij ‘recht’ grofgezegd staat voor de constitutie van een entiteit en ‘politiek’ voor de politieke gemeenschap die het subject van de constitutie in kwestie vormt.

Deze uitkomst vormt vervolgens het onderwerp van hoofdstuk 2. Hoe moet de dichotomie van recht en politiek waarmee het vraagstuk van soevereiniteit is verbonden, precies worden geconceptualiseerd? Suggereert het feit dat normen, *in ultimo*, niet gemakkelijk hun eigen geldigheid kunnen verklaren dat een pri-

¹⁷ Zelfs over de Britse ‘sovereignty of parliament’ zou gezegd kunnen worden dat zij een verklaringsmythe vormt. Het concept vormt namelijk de weerslag van een afspraak die eind 17^e eeuw tussen de drie voornaamste actoren in de samenleving – de vorst, de adel en de burgerij – werd gesloten om samen de grondslag van het staatsbestel te vormen. Zie *infra*, § 1.5.

maat van de politiek boven het recht moet worden gepostuleerd? Of is de betrokkenheid van een soeverein op het recht van dien aard dat het onzinnig is om als jurist te lang stil te staan bij wat zich aan gene zijde van een constitutie afspeelt? De bevindingen in hoofdstuk 2 zullen verderop in het proefschrift, in het bijzonder in het derde deel, een belangrijke rol spelen bij het toetsen van de premissen van pluralistische theorieën over Europa. Teneinde die premissen te kunnen toetsen, is het eerst echter ook van belang dat een adequaat beeld bestaat van de praktijk van soevereiniteit. Daarom zal ter besluit van het eerste deel, in hoofdstuk 3, worden ingezoomd op de plaats en betekenis van soevereiniteit in de constitutionele doctrine van drie EU-lidstaten: Frankrijk, Duitsland en Nederland.

In het tweede deel van het proefschrift wordt de blik verlegd naar de Europese Unie. Hoofdstuk 4 is gewijd aan een beschrijving van het proces van constitutionalisering dat de Unie heeft doorgemaakt sinds de oprichting van de Gemeenschappen in de jaren vijftig van de vorige eeuw. Deze beschrijving, die onder meer de aandacht vestigt op leerstukken als directe werking, voorrang en autonomie, zal daarna in de hoofdstukken 5 en 6 dienen als achtergrond voor een meer diepgaande bespreking van de theorievorming rond de constitutionele aard van de Unie en, meer in algemene zin, het Europese integratieproces. Hoofdstuk 5 zal allereerst het verhaal vertellen van de omstandigheden waaronder constitutioneel pluralisme wist uit te groeien tot het dominante narratief ten aanzien van de Unie. Het hoofdstuk sluit af met een categorisering van verschillende ‘smaken’ pluralisme die in omloop zijn. In hoofdstuk 6 zal vervolgens een beeld van de constitutionele praktijk in de EU worden geschetst, waarbij de vraag vooral is in hoeverre die praktijk de bewering voedt dat de Unie op pluralistische grondslagen is gevestigd.

Het derde en laatste deel van dit boek staat in het teken van analyse. Analyse, in de eerste plaats, van de wijze waarop het leerstuk van soevereiniteit wordt begrepen in relatie tot het Europese integratieproces en analyse van de wijze waarop het leerstuk zou moeten worden begrepen in relatie hiertoe. Dit vindt plaats in hoofdstuk 7. Centrale term op deze plek is het recht op zelfbeschikking, een paradoxaal begrip dat min of meer samenvalt met het begrip soevereiniteit. Hoewel hoofdstuk 7 op dit punt nog voornamelijk het karakter heeft van een *mise-en-scène*, wordt er ook al een begin gemaakt met een confrontatie met constitutioneel pluralisme. Deze lijn wordt doorgetrokken in hoofdstuk 8. Aan de hand van de problematiek van het Unieburgerschap, zal nu volledig de blik worden gericht op de mogelijkheid om een rechtsorde of de relatie tussen rechtsordes op een heterarchische wijze te ordenen. Deze discussie loopt uiteindelijk over in de misschien nog wel meer fundamentele vraag in hoeverre de constitutionele relatie tussen de Unie en de lidstaten nu werkelijk aanleiding geeft om het Westfaalse systeem te heroverwegen dat sinds de Verlichting het prisma vormt waardoor volkenrechtelijke en ook constitutionele kwesties worden bekeken.

INLEIDING

In hoofdstuk 9, tot slot, zal een poging worden ondernomen om een sleutel aan te reiken waarmee de Unie als constitutioneel fenomeen kan worden begrepen. Deze sleutel in kwestie heet federalisme. Crux in dit verband is dat de notie federatie, conceptueel gezien, niet in de eerste plaats dient te worden gezien als benaming voor een entiteit waarin eenduidig over de vraag van soevereiniteit is beslist, maar juist als benaming voor een entiteit, zoals de Unie, waar de soevereiniteitsvraag open lijkt te liggen. Het hoofdstuk eindigt met de exercitie in welke mate deze slotsom nog steeds geldig is tegen het licht van waarschijnlijk de grootste (constitutionele) crisis die de Unie ooit gekend heeft: de eurocrisis. De dissertatie sluit af met een conclusie. Hierin wordt nog eens samengevat welke hypothesen in dit boek onderzocht werden en welke kant kant dit onderzoek is opgegaan. Als het goed is, kunnen we dan beantwoorden of de centrale premisse van constitutioneel pluralisme klopt – te weten, dat de Europese rechtsorde niet langer hiërarchisch, maar heterarchisch is gestructureerd, en dat dit te maken heeft met het feit dat de notie van soevereiniteit in die zin is geneutraliseerd dat zij niet langer onverbiddelijk afkoerst op eenheid binnen en buiten het recht. Met dit antwoord is het hopelijk ook mogelijk om inzicht te geven in de vraag of er zich in het denken over de relatie tussen recht en politiek inderdaad, zoals vaak wordt beweerd, een paradigmaverschuiving heeft voorgedaan.

DEEL I

SOEVEREINITEIT

Hoofdstuk 1

Soevereiniteit in historisch en rechtsfilosofisch perspectief

1.1 Inleiding

‘Soevereiniteit: on s’amuse’. Zo luidt de titel van een opstel dat tien jaar geleden werd geschreven door Tijn Kortmann.¹ In een notendop geeft deze titel mooi weer hoe er overwegend in Nederland wordt gedacht over het leerstuk dat prominent figureert in dit constitutionele boek over de grondslagen van de Europese Unie. Die wat badinerende houding is niet geheel op haar plaats. De ook in Nederland driftig onderschreven pluralistische theorieën die op deze grondslagen vat proberen te krijgen, grijpen bijna zonder uitzondering op de één of andere manier terug op soevereiniteit. Ofwel met de bedoeling om de notie naar het kerkhof van gedateerde concepten te verwijzen, ofwel om haar te incorporeren in pluralistische theorievorming. Linksom of rechtsom komt hieruit naar voren dat soevereiniteit een leerstuk is om serieus te nemen, en dat de notie in ieder geval tot voor kort verklarende werking geacht werd te hebben ten aanzien van de Europese rechtsorde. Zelfs wanneer soevereiniteit binnen de Nederlandse constitutionele verhoudingen van beperkte betekenis zou zijn, zorgt het Europese integratieproces er dus voor dat het begrip ook hier te lande niet zomaar genegeerd kan worden.

Dit eerste hoofdstuk is gewijd aan de historische en rechtsfilosofische *Werdgang* die het begrip soevereiniteit de afgelopen eeuwen heeft gemaakt. Wanneer heeft het concept zijn opwachting gemaakt? Onder welke omstandigheden gebeurde dat? Hoe is de notie door achtereenvolgende juridische denkers benaderd en verder ontwikkeld? En aan welk rechtsfilosofisch dilemma raakt soevereiniteit nu eigenlijk? De antwoorden die op deze vragen worden gegeven, zullen in het hoofdstuk hierna en verderop in dit proefschrift als achtergrond dienen bij het verdedigen van de hypothese dat soevereiniteit verweven is met een conceptueel probleem, waar ook aan het begin van de 21^e eeuw niet zomaar door het recht aan voorbij kan worden gegaan. Daarmee is niet gezegd dat elke poging om de Unie anders te zien dan een internationale organisatie of confederatie gedoemd is te stranden. Soevereiniteit, zo zal duidelijk worden, is boven alles

¹ Dit opstel verscheen in: J.L. de Reede en J.H. Reestman (red.), *Op het snijvlak van recht en politiek. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. L. Prakke* (Deventer: Kluwer 2003) 156.

HOOFDSTUK 1

een grensconcept. Als discursieve grootheid vormt zij een onmisbare schakel tussen democratie en rechtsstaat, feit en norm, politiek en recht. In de comfortabele constitutionele omgeving van de liberale natiestaat kon de urgentie (ook in Nederland!) van zo'n schakelpunt wegebben. Het proces van Europese integratie heeft deze urgentie echter weer zichtbaar gemaakt.

1.2 Van standenmaatschappij tot soevereine staat

Over het algemeen laat men de historische ontwikkeling van het concept soevereiniteit beginnen bij Jean Bodin (1530-1596).² Met de vermaard geworden frase '*La souveraineté est la puissance perpétuelle et absolue d'une république*', opgetekend in zijn hoofdwerk *Six Livres de la République*, gaf de Fransman in belangrijke mate theoretisch richting aan het proces van staatsvorming in de vroegmoderne Europese samenleving.³ Niet dat Bodin de eerste was die zich met het fenomeen soevereiniteit bezig hield. Het begrip duikt al op in dertiende-eeuwse teksten en keert vanaf die tijd regelmatig terug in beschouwingen over recht en gezagsuitoefening. De term zelf lijkt te kunnen worden herleid tot het uit het middeleeuws Latijn stammende *superanus*, dat hoger betekent.⁴ Wel was Bodin de eerste die soevereiniteit van een sluitende definitie probeerde te voorzien. Hij duidde haar bovendien als een zuiver juridische notie en benadrukte als eerste dat zij een noodzakelijk attribuut van de staat vormt.⁵

Een beschrijving van het fenomeen soevereiniteit is voor een groot gedeelte een geschiedenis van de opkomst en vestiging van de moderne staat. De eerste contouren daarvan beginnen zich af te tekenen rond de twaalfde en dertiende eeuw. Steeds duidelijker worden in die tijd scheuren zichtbaar in het ideaal van één Christelijke samenleving – de *Respublica Christiana* – waarin paus en keizer een hoofdrol opeisen. In het bijzonder in Frankrijk ontstaat verzet tegen deze

² Carl Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (Berlijn: Dunker & Humblot 2004) 25; G.F.M. van der Tang, 'Soevereiniteit', in: Thom Holterman e.a. (red.), *Algemene begrippen staatsrecht* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985) 87. Zie algemeen over Bodin: George H. Sabine en Thomas L. Thorson, *A History of Political Theory* (Hinsdale: Dryden Press 1973) 372-385; Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 16-18.

³ Jean Bodin, *Les Six Livres de la République* [1576] (Parijs: Fayard 1986) Boek I, 179.

⁴ Helmut Quaritsch, *Souveränität: Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jahrhundert bis 1806* (Berlijn: Duncker & Humblot 1986); L. Wildhaber, 'Sovereignty and International Law', in: R.St.J. Macdonald en D.M. Johnston (red.), *The Structure and Process of International Law. Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Den Haag: Martinus Nijhoff 1983).

⁵ R. Barents, *De communautaire rechtsorde: Over de autonomie van het gemeenschapsrecht* (Deventer: Kluwer 2000) 72-77. In het Engels verschenen als *The Autonomy of Community Law* (Den Haag: Kluwer Law International 2004); Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 16-18.

universalistische aanspraken. Juristen rond de Franse koning komen met de doctrine *Rex est imperator in regno suo*, waarmee zij willen aantonen dat het vorstelijke gezag rechtstreeks door God is bekleed en geen machten naast zich behoeft te dulden.⁶ Dit adagium richt zich niet alleen tot de kerk en het keizerrijk, maar heeft ook – en in die periode misschien wel in het bijzonder – betekenis voor de traditionele feodale verhoudingen binnen de opkomende Franse staat, waar de adel, de oorspronkelijke leenmannen, in de loop der tijd op veel plaatsen een min of meer autonome positie heeft verworven. Wanneer deze macht geleidelijk aan afbrokkelt, herwint de vorst het recht om in hoogste instantie recht te spreken – aanvankelijk het primaire attribuut van de koninklijke waardigheid – en ontwikkelt zich gaandeweg één centraal bestuur. Als de middeleeuwen op hun einde lopen, vloeit uit deze ontwikkeling ook langzaam de notie van een bevoegdheid tot wetgeving voort. Onder invloed van het Romeinse recht vat de gedachte post dat de koning bron van alle gezag is en om die reden de volheid van bevoegdheden bezit.⁷ Hij heeft *plenitudo potestatis*, wat betekent dat hij de bevoegdheid heeft om elke regel van positief recht en – in uitzonderlijke gevallen – ook gewoonterecht terzijde te schuiven.⁸ Hoewel niet principieel wordt gebroken met de traditionele conceptie van machtsverhoudingen tussen vorst en standen, transformeert de middeleeuwse samenleving van dwarsverbanden en privileges zo langzaam in een maatschappij waarin publiek recht over privaat recht heerst.⁹

Wanneer Bodin halverwege de zestiende eeuw op het toneel verschijnt, staat het belang van de eenheid van de Franse staat en van de monarchie goeddeels buiten kijf. Dat geldt echter niet voor de vraag welke vorm die monarchie moet krijgen: absoluut dan wel beperkt.¹⁰ Door het uitbreken van de Reformatie en het aanzwellen van godsdiensttwisten in grote delen van Europa komt dit strijdpunt, dat de gemoederen tussen royalisten en aristocraten al langer bezig houdt, steeds pregnanter naar voren. Kern van de discussie vormt de vraag hoe vorstenmacht kan worden gerechtvaardigd. Protestantse apologeten, ook wel *monarchomachen* genoemd, verdedigen de stelling dat het gezag van de koning uiteindelijk op het volk is terug te voeren. Zij beroepen zich daarbij op historisch geïnspireerde contracttheorieën – voorlopers van de verdragsleren die gedurende de zeventiende en achttiende eeuw bij denkers als Hobbes, Locke en Rousseau in zwang zullen komen.¹¹ In wezen is dit niets nieuws. Het dogma dat samenle-

⁶ Zie Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (Berlijn: O. Häring 1914) 440-446; William Farr Church, *Constitutional Thought in Sixteenth-Century France: A Study in the Evolution of Ideas* (Cambridge: Harvard University Press 1941) 43-48.

⁷ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 446-452; A.A.M. Kinneging, 'Het absolutisme als voorloper van de rechtsstaat', 18 *Theoretische Geschiedenis* (1991) 401.

⁸ Church, *Constitutional thought in Sixteenth-Century France*, 65-66.

⁹ Van der Tang, 'Soevereiniteit', 90.

¹⁰ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 452-453.

¹¹ Zie uitvoerig: J.W. Sap, *Wegbereiders der revolutie: Calvinisme en de strijd om de democratische rechtsstaat* (Groningen: Wolters-Noordhoff 1993) 13-139.

HOOFDSTUK 1

vingen, volgens goddelijk ontwerp, zijn gegrondvest op de instemming van het volk, zingt al rond sinds de klassieke oudheid en het vroege christendom.¹² De voor die tijd radicale wijze waarop uit deze vroege theorieën van volkssoevereiniteit een recht – soms zelfs een plicht – tot verzet tegen de vorst wordt gepostuleerd, is daarentegen wel betrekkelijk nieuw.¹³ Deze verzetsleer, die is gebaseerd op een mengeling van gewoonte- en natuurrecht, brengt mee dat de vorst niet voorbij kan gaan aan overleg met de standen, zoals het volk dan nog vrij corporatistisch wordt opgevat.¹⁴ Ondanks haar revolutionaire karakter stemt de doctrine daarom overeen met het statische maatschappijbeeld van de middeleeuwen.

Een dergelijke inperking van de macht van de koning stuit van verschillende kanten op weerstand.¹⁵ Die weerstand komt onder meer van Bodin, die zich één van de voornaamste vertegenwoordigers mag noemen van de *Politieken* – een beweging die tolerantie predikt ten opzichte van hen die de leer van de kerk in Rome niet langer onderschrijven, maar tegelijkertijd vreest voor de destabiliserende kracht die van de godsdienststrijd uitgaat en boven alles de staat voor ineenstorting wil behoeden. Omdat met het uitbreken van de Reformatie de eenheid van de staat volgens deze generatie royalisten niet meer kan worden gewaarborgd door de op dat moment vigerende verhoudingen tussen vorst en standen, pleiten zij voor uitbreiding van de koninklijke prerogatieven.¹⁶ Evenals het geval is bij hun tegenstanders die uit zijn op het terugdringen van de macht van de koning, blijft ook hun wereldbeeld echter in essentie statisch. De *Politieken* blijven het recht op een fragmentarische manier benaderen en laten zo het fundament van de bestaande constitutie in stand. De grote betekenis van Bodin ligt besloten in het feit dat hij op een bepaald moment als eerste met dit oude wereldbeeld breekt. Nadat op Bartholomeusnacht (1572) verspreid over heel Frankrijk in een orgie van geweld tienduizenden protestantse hugenoten worden

¹² Zie Julian H. Franklin, 'Sovereignty and the mixed constitution', in: J.H. Burns en Mark Goldie, *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700* (Cambridge: Cambridge University Press 1994) 258-264; Sap, *Wegbereiders der revolutie*, 63, 111; H. Krabbe, *De moderne staatsidee* (Den Haag: Martinus Nijhoff 1915) 16-17.

¹³ Wel wordt in verband met de protestantse verzetsleren vaak verwezen naar de Brabantse *Blijde Inkomste*, waarin de Hertog van Brabant reeds in 1356 zijn onderdanen toestemming gaf de gehoorzaamheid aan hem op te schorten wanneer hij de in het document genoemde privileges zou schenden.

¹⁴ E.H. Kossmann, 'Bodin, Althusius en Parker', in: Frank Ankersmit en Wessel Krul (red.), *Geschiedenis is als een olifant: Een keuze uit het werk van E.H. Kossmann* (Amsterdam: Bert Bakker 2005) 118, stelt dat in oude volkssoevereiniteitsleren onder 'volk' nog niet de 'grote amorfe volksmassa' werd verstaan. Volk was volgens Kossmann 'slechts die groep mensen, wier taak het was de volksvertegenwoordiging te kiezen. Volk, (...) dat waren de vroedschappen in de steden en de klasse der bevolking, die deze vroedschap benoemde.'

¹⁵ In het door godsdienststrijd verscheurde Frankrijk van de zestiende eeuw staat tegenover de protestantse hugenotenbeweging de katholieke liga, een groep edelen die het voor het zeggen heeft aan het Franse hof en om die reden niets moet hebben van een vergaande beperking van vorstenmacht. Zie Sap, *Wegbereiders der revolutie*, 21-38.

¹⁶ Church, *Constitutional thought in Sixteenth-Century France*, 206.

vermoord, komt de Franse denker, die zich voorheen nog een pleitbezorger van de constitutie heeft betoond,¹⁷ tot het inzicht dat de enige manier waarop de eenheid van de staat kan worden gewaarborgd is gelegen in een fundamenteel andere, nieuwe conceptie van het fenomeen staat.¹⁸ Nu het bestaan van een publieke, christelijke waarheid voorgoed verloren leek te zijn gegaan, kon niet meer worden volstaan met de feodale structuren die Europa eeuwenlang hadden gestut.

Bij Bodin krijgt de staat voor het eerst een wezenlijk absoluut karakter.¹⁹ Die majeure verandering bewerkstelligt hij door vast te stellen dat het in een machtsverband in de kern draait om een '*droit de gouvernement*'. Van een staat kan volgens Bodin alleen worden gesproken als een machthebber ongebonden en onvoorwaardelijk van dat recht gebruik kan maken.²⁰ Dat constitutieve element – die inherente kwaliteit – noemt de Franse jurist soevereiniteit. Daarmee maakt Bodin soevereiniteit tot een in wezen formeel begrip. Waar met soevereine rechten voorheen nog op specifieke bevoegdheden en privileges werd geëist, behelst soevereiniteit vanaf Bodin de algemene, absolute en onvervreembare bevoegdheid van de vorst om de wet voor te schrijven. De notie groeit uit van comparatief tot superlatief.²¹ Of zoals Bodin het zelf stelt aan het einde van het eerste boek: 'la premiere marque du prince souverain, c'est la puissance de donner loy à tous en general, et à chacun en particulier.'²² Wat precies onder deze wetgevende bevoegdheid valt, doet feitelijk niet ter zake; Bodins soevereiniteitsconceptie is in essentie waardevrij.²³ Belangrijker is wat

¹⁷ Julian H. Franklin, *Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory* (Cambridge: Cambridge University Press 1973) 23-29.

¹⁸ Evenals voor het begrip soevereiniteit geldt, is het gebruik van de notie 'staat' altijd zeer omstreden geweest. Of middeleeuwse rijken en samenlevingen met terugwerkende kracht als staat mogen worden aangeduid, is vaak betwist. Indertijd werden samenlevingen in ieder geval veelal niet als zodanig werden betiteld. Volgens critici zou het pas vanaf het ontstaan van de 'moderne' staat in de 17^e of zelfs 19^e eeuw zinvol worden om hiertoe over te gaan. Aangezien deze paragraaf in belangrijke mate is gewijd aan een integrale bespreking van de ontwikkeling van het fenomeen dat men vandaag de dag staat noemt, is er niettemin voor gekozen om het begrip staat ook van toepassing te verklaren op vroegere verbanden. Vgl. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 486-487; Helmut Quaritsch, *Staat und Souveränität*, Vol. I (Frankfurt: Athenäum Verlag 1970) 32-35.

¹⁹ Carl Schmitt, *Verfassungslehre* [1928] (Berlijn: Duncker & Humblot 1993) 48-49.

²⁰ Bodin sluit niet uit dat een ander orgaan dan de koning de soevereiniteit kan bezitten. In theorie geeft hij toe dat de soevereiniteit ook bij een aristocratisch of volksvertegenwoordigend lichaam kan berusten. Gezien de nadruk die hij legt op het absolute en ondeelbare karakter van de notie, is het echter duidelijk dat Bodin een uitdrukkelijke voorkeur heeft voor de figuur van de vorst.

²¹ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 453; Wildhaber, *Sovereignty and International Law*, 428.

²² Bodin, *Les Six Livres de la République*, Boek I, 306.

²³ Quaritsch, *Staat und Souveränität*, 253. Dat betekent overigens niet dat Bodin niet onderzoekt wat precies onder de wetgevende bevoegdheid valt. Sterker nog, daar gaat hij in de *République* zelfs uitvoerig op in. De uitkomst van zijn theorie is evenwel dat het weinig uit-

HOOFDSTUK 1

de soevereine bevoegdheid niet is: afhankelijk en afleidbaar van enige andere wereldlijke gezagsaanspraak – binnen dan wel buiten de staat.²⁴

Bodin stond met zijn soevereiniteitstheorie met één been in de middeleeuwen en met het andere in een nieuwe tijd – een tijdperk dat volgens velen formeel met de Vrede van Westfalen in 1648 zou aanbreken.²⁵ Hoewel hij ten opzichte van het karakter van de staat een fundamenteel ander uitgangspunt aannam dan tot dat moment gebruikelijk was, bleef hij niettemin veel waarde hechten aan oude gewoontes en afspraken. Zo betoogt Bodin onder meer dat de vorst het recht op eigendom moet eerbiedigen en is hij van mening dat de standen geen nieuwe belastingen mogen worden opgelegd zonder dat zij daarin zelf gekend zijn.²⁶ Hij breekt echter met de heersende leer door deze verplichtingen te gronden op goddelijk en natuurrecht, en niet, zoals gangbaar was, op positief of gewoonterecht.²⁷ Daarmee maakt Bodin de macht van de koning in feite onbegrensd, want de beperkingen waaraan de vorst zich dient te houden zijn op die manier nog slechts theoretisch van aard.²⁸ Te meer daar deze zelf lijkt te bepalen of er sprake is van een eventuele schending.²⁹ Feitelijk komt de koning bij Bodin dus boven de wet te staan. Als soeverein *is* hij de wet en vormt hij de grondslag van de staat. Zo creëerde Bodin, heeft de Oostenrijkse staatsrechtjurist Georg Jellinek ooit stelde, als juridisch axioma wat Machiavelli ongeveer een halve eeuw daarvoor als een politiek principe had gesteld: een onbegrensde vorst die aan een enkel bevel genoeg heeft om zijn onderdanen zijn wil op te leggen.³⁰

maakt welke specifieke bevoegdheden dit zijn: het ging Bodin om *het bestaan* van een soevereine bevoegdheid.

²⁴ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 453-454.

²⁵ Robert Jackson, 'Sovereignty in World Politics: A Glance at the Conceptual and Historical Landscape', 67 *Political Studies* (1999) 431, 438-441. Kritisch hierover: Stéphane Beaulac, *The Power of Language in the Making of International Law* (Leiden: Koninklijke Brill 2004) 67-97.

²⁶ Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 17.

²⁷ Church, *Constitutional thought in Sixteenth-Century France*, 232-242. Bodin maakt in dit verband een nauwkeurig onderscheid tussen *ius* – beginselen die uit het goddelijk en natuurrecht voortkomen – en *lex* – recht dat wordt uitgevaardigd door de soeverein. Slechts in twee gevallen erkent hij dat positief dan wel gewoonterecht de macht van de soevereine vorst beperkingen kan opleggen: in het geval van de *lex Salica*, de erfopvolgingsprocedure, en met betrekking tot de onvervreemdbaarheid van het domein. Door hen in termen van noodzakelijkheid in plaats van als grondslag van de monarchie te duiden, relativeert Bodin echter ook het belang van deze twee fundamentele wetten.

²⁸ *Ibid.*, 242; Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 17-18.

²⁹ Het revolutionaire aan Bodin is dat hij de bevoegdheid tot uitlegging van het *ius*, goddelijk (natuur)recht, in handen lijkt te leggen van de soevereine vorst en niet in die van de kerk, i.h.b. de paus, welke tot dan toe een primaat heeft om een bindende uitleg van het *ius* te geven. Op die manier ontnemt Bodin de paus het recht om dwingend te interveniëren op het grondgebied van de vorst. Een treffend voorbeeld van deze nieuwe werkelijkheid is het Edict van Nantes, in 1598 uitgevaardigd door de Franse koning Hendrik IV, waarbij, in weerwil van de paus, aan hugenoten bepaalde rechten tot geloofsoefening werden toegekend.

³⁰ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 455.

Hoewel de kaart van Europa zowel wat de omvang van staten betreft als met betrekking tot de politieke stelsels die men in deze staten aantreft nog lange tijd een zeer gevarieerde indruk geeft³¹ – een ‘moderne’ aanblik krijgt Europa feitelijk pas door het Congres van Wenen in 1815 – grijpt de idee van de soevereine staat in de zeventiende eeuw snel om zich heen. Weliswaar wordt zij nergens volledig geïmplementeerd, als ‘radical force for change’ is haar invloed onmiskenbaar.³² Een voortrekkersrol in dit verband wordt natuurlijk gespeeld door Frankrijk, waar Lodewijk XIV model staat voor absolute vorstenmacht. In Engeland heeft de koning het moeten afleggen tegen het parlement – een amalgaam van aristocratische en burgerlijke elementen – maar dit betekent geenszins een terugkeer naar het feodale tijdperk. Onder de banier van parlementaire almacht, later aangeduid als de doctrine van de ‘*sovereignty of parliament*’, worden op geheel eigen wijze de grondslagen gelegd voor een sterke staat.³³ Daar staat tegenover dat het Duitse keizerrijk met de Vrede van Westfalen feitelijk uiteengevallen is in verscheidene grotere en kleinere vorstendommen, al blijft het als middeleeuws residu nog ongeveer anderhalve eeuw in naam voortbestaan. Ook de Republiek der Verenigde Nederlanden weet zich niet te handhaven als invloedrijke Europese staat. Weliswaar stelt de feitelijke en later ook formele erkenning door het buitenland van haar status als onafhankelijke en soevereine mogendheid haar lange tijd in staat een leidende rol in Europa te spelen; uiteindelijk blijken de interne machtsstructuren echter niet bestand tegen de eisen van de tijd. Mede om die reden raakt ons land in de achttiende eeuw in verval. Het voorbeeld van de Republiek biedt een mooie illustratie van het tweeledige karakter van het fenomeen soevereiniteit dat zichtbaar wordt door de transformatie van de Europese samenleving: het verschil tussen externe en interne soevereiniteit.³⁴ In de autonome manier waarop zij naar buiten toe kan optreden is de Republiek het ultieme product van de gewijzigde verhoudingen in de Europese

³¹ Zie Norman Davies, *Europe: A History* (Oxford: Oxford University Press 1996) 577-590, die er op p. 578 op wijst dat de ‘range of political systems (in de 17^e en 18^e eeuw, JWvR) was far greater than most textbooks allow.’ ‘Between the completely decentralized, constitutional, and republican federation of Switzerland at one end of the scale and the extreme autocracies in Russia, the Ottoman Empire, and the Papal States at the other, great variety flourished. Europe’s republics were represented by Venice, Poland-Lithuania, and the United Provinces; the constitutional monarchies at various times by England, Scotland, and Sweden; the absolutist monarchies by France, Spain, and Austria. The Holy Roman Empire, with monarch both elected and hereditary, fell somewhere between constitutionalism and absolutism. Even greater variety can be found among Europe’s *Kleinstaateren* – the hundreds of petty states which the younger Pitt would once call in exasperation ‘the swarm of gnats’.’

³² Ibid., 579.

³³ Zoals hieronder, in § 1.5 en § 3.4.2, wat uitgebreider aan de orde komt, was dit anders dan het Franse concept vorstensoevereiniteit wel een almacht die conceptueel van meet af aan normatief was begrensd. Zie hierover van M.J.C. Vile het schitterende *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Indianapolis: Liberty Fund 1998). Vgl. ook Tim Koopmans, *Courts and Political Institutions* (Cambridge: Cambridge University Press 2003) 18-19.

³⁴ Zie verder over deze twee dimensies *infra*, § 2.7.

HOOFDSTUK 1

politieke orde. Haar instituties ademen echter nog een middeleeuwse geest. Doordat de inrichting van de Unie in de weg staat aan slagvaardige besluitvorming, brokkelt uiteindelijk ook haar vermogen om zich op het internationale podium te laten gelden af.

1.3 Rechtvaardiging van staatsmacht

Bodins constructie van soevereiniteit als een absolute en ondeelbare grootheid van de staat wordt soms betreurd als een historische vergissing omdat zij de bijl zou hebben gelegd aan de wortel van de constitutionele waarden die gedurende de middeleeuwen tot bloei waren gekomen.³⁵ Wat daar ook van moge zijn, het lijkt in ieder geval aan geen twijfel onderhevig dat de Franse jurist met zijn theorie een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan het doorbreken van de behoudende natuur van de Europese samenleving. Door de verbindendheid van een regel niet afhankelijk te stellen van de inhoud, maar van de wil van de uitvaardigende instantie legde Bodin de basis voor een dynamische, creatieve staat.³⁶ Anders dan aanhangers van vroege theorieën van volkssoevereiniteit is hij niet geïnteresseerd in de vraag hoe de overheid kan worden beteugeld, maar hoe zij tot handelen kan worden gebracht. Met soevereiniteit creëert Bodin een ‘scheppend beginsel’, dat bij voorkeur in handen ligt van de vorst. Bij de constitutionalisten heeft het fenomeen die functie niet. Onder meer omdat men er niet in slaagt om het volk, waarin de soevereiniteit wordt geplaatst, anders te zien dan als een corporatistisch geheel van standen.³⁷ Het wordt nog niet opgevat als samenstel van individuen dat de volheid van bevoegdheden binnen een staat in zich draagt, zoals later in de democratische staatsleer van Jean-Jacques Rousseau wel zal gebeuren. Paradoxaal genoeg op het eerste gezicht, staat de laatste daarom wellicht meer in lijn met zijn landgenoot die als vader van het absolutisme geldt dan met de *monarchomachen*, die hun politieke filosofie op het volk grondde.³⁸

In een ander belangrijk opzicht laat de erfenis van de vroege constitutiona-
listen wel duidelijk haar sporen na. Namelijk de vraag hoe de macht van de koning kan worden gerechtvaardigd. Met deze kwestie lijkt Bodin zich nooit echt

³⁵ Vgl. Franklin, *Sovereignty and the mixed constitution*, 298-299, 302-306.

³⁶ Church, *Constitutional thought in Sixteenth-Century France*, 230.

³⁷ Ook de calvinistische denker Althusius (1557-1638), die een belangrijke bijdrage leverde aan de theoretische rechtvaardiging van de Nederlandse Opstand, maakte deze denkstap niet. Weliswaar nam Althusius in zijn hoofdwerk *Politica methodice digesta* elementen van Bodins soevereiniteitsconceptie over; uiteindelijk bleef hij toch vasthouden aan laatmiddeleeuwse waarden. Zie Kossmann, ‘Bodin, Althusius en Parker’, 129-130. Vgl. daarnaast Sap, *Wegbereiders der revolutie*, 133-136, die kijkt of er overeenkomsten zijn tussen Althusius en Rousseau.

³⁸ Vgl. Van der Tang, ‘Soevereiniteit’, 92-93.

te hebben bezig gehouden. Naarmate het absolutisme zich nestelt als heersende leer, en het volk meer en meer verwordt tot object van de vorstelijke macht, dringt die vraag zich echter wel steeds nadrukkelijker op.³⁹ Hoewel ook pogingen worden ondernomen om de soevereiniteit van de vorst uit God te verklaren,⁴⁰ zal men antwoorden op maatschappelijke vraagstukken in het vervolg in toenemende mate in de mens zoeken. De zeventiende eeuw wordt de eeuw van het natuurrecht – een natuurrecht dat zijn wortels niet in de goddelijke voorzienigheid heeft, maar in de menselijke rede.⁴¹ Op het terrein van het ontluikende internationale recht werpt Hugo de Groot zich op als belangrijkste vertegenwoordiger van deze stroming.⁴² Ten aanzien van het wezen van de staat valt de theorievorming van de Engelsman Thomas Hobbes (1588-1679) op.⁴³ Anders dan De Groot, die het natuurrecht benaderde als bron van rechtvaardigheid, beschouwt Hobbes het natuurrecht meer vanuit een wetenschappelijke invalshoek.⁴⁴ Somber geworden door het vele geweld dat hij in zijn land, waar godsdiensttwisten later oplaaien dan op het continent, tegenkomt, streeft hij er in zijn hoofdwerk *Leviathan* naar – nog meer dan Bodin – om de macht van de staat absoluut te maken. Dat doet Hobbes niet door de mens vanuit de staat te verklaren, maar de staat vanuit de mens. Daarmee breekt de Engelsman definitief met het middeleeuwse mensbeeld en legt hij de basis voor de geseculariseerde staat.⁴⁵ Vanuit de premisse dat de menselijke natuur is gericht op zelfbehoud, laat Hobbes de mensen met elkaar een staatsverdrag sluiten waarin zij overeenkomen al hun vrijheden op te geven en – in ruil voor bescherming van lijf en goed – over te dragen aan een met volheid van bevoegdheden uitgeruste ‘sovereign’. Dit is volgens Hobbes de enige manier om te ontsnappen aan de ‘state of war’ die in de natuurtoestand – een voorstatelijke periode waarin mensen elkaar permanent naar het leven staan – heerst.

Waar Bodin door zijn op sommige punten traditionele manier van denken nog een ‘theorist of right’ kan worden genoemd, betoont Hobbes zich in *Leviathan* een zuivere ‘theorist of might’.⁴⁶ Een staat kenmerkt zich bij hem door de bevoegdheid om de wet te stellen, ongeacht de vraag of die wet een goddelijke waarheid herbergt: *auctoritas, non veritas facit legem*. En behalve wanneer hier-

³⁹ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 455-458.

⁴⁰ Ibid., 458; Van der Tang, ‘Soevereiniteit’, 92.

⁴¹ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (Londen: Routledge 1997) 15-16.

⁴² Zie Wilhelm G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (Baden-Baden: Nomos 1984) 222-234.

⁴³ Thomas Hobbes, *Leviathan* [1651]; bewerkt door J.C.A. Gaskin (Oxford: Oxford University Press 1998). Zie algemeen: Sabine en Thorson, *A History of Political Theory*, 422-440; Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 19-23.

⁴⁴ Carl Schmitt, *Die Diktatur* (Berlijn: Dunker & Humblot 1964) 21-22.

⁴⁵ Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 19.

⁴⁶ Church, *Constitutional thought in Sixteenth-Century France*, 232. Vgl. ook Kinneging, ‘Het absolutisme als voorloper van de rechtsstaat’, 402-403.

HOOFDSTUK 1

door het eigen leven in gevaar komt, dient de soeverein, ook bij Hobbes bij voorkeur de vorst, onder alle omstandigheden gehoorzaamd te worden. Doordat hij het individu als vertrekpunt neemt, bewerkstelligt Hobbes echter tegelijkertijd dat over de aard van de statelijke soevereiniteit twijfels kunnen ontstaan. Ligt die, anders dan bij de vorst die zich ‘sovereign’ mag noemen, niet ten principale bij het verdragssluitende volk?⁴⁷ Dat is namelijk verantwoordelijk voor de fundering van de rechtsorde. Of maakt Hobbes door zowel vorst als volk begrenzingen op te leggen Bodins absolute soevereiniteitsbegrip juist onschadelijk en legt hij zo in feite de kiem voor de liberale rechtsstaat?⁴⁸ Ondanks het absolutistische karakter van zijn theorie, valt bij Hobbes immers voorzichtig een aantal fundamentele rechten te herkennen.⁴⁹

Uiteraard wordt bij latere generaties staatsdenkers zoals de Engelsman John Locke (1632-1704) en de Fransman Montesquieu (1689-1755) pas echt de nadruk gelegd op de begrenzing van overheidsgezag. Verschil met oude constitutionele opvattingen is ook hier dat niet vanuit een statisch, historisch uitgangspunt wordt geredeneerd, maar op grond van rationalistische motieven.⁵⁰ Vanuit een veel positiever mensbeeld dringt steeds meer de gedachte door dat de staat er voor de mens is; een inzicht dat impliciet ook al bij Hobbes aanwezig is. Dit zie je vooral terug bij Locke, wiens denkbeelden van grote invloed zijn geweest op de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring. Evenals Hobbes komt hij met een maatschappelijk verdrag waarbij de mensen onderling een staat oprichten. Bij Locke blijft evenwel veel meer individuele vrijheid over. De staat treedt alleen daar op, waarvoor hij is opgericht. Op andere gebieden behoudt de mens zijn natuurlijke vrijheid.⁵¹ Daarmee drijft Locke weg van de idee van een soevereine staat die zijn macht overal op absolute wijze kan laten gelden. Aan de andere kant is onmiskenbaar dat de beslissing omtrent de inrichting van de staat bij Locke in handen ligt van een volk dat zich soeverein acht.⁵² Het duurt nog ongeveer driekwart eeuw voordat deze laatste stap – de oprichting van een almachtige staat met behoud van de vrijheid van het onderliggende volk – wordt gemaakt. Wanneer dat gedachte-experiment wordt voltooid, lijkt de soevereine vorstenstaat op zijn laatste benen te lopen. Eerst in 1776 met de Amerikaanse

⁴⁷ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 465; Schmitt, *Die Diktatur*, 30-31.

⁴⁸ Gerhard Hoogers, *De verbeelding van het soevereine* (Deventer: Kluwer 1999) 238-250.

⁴⁹ Naast een recht op leven kan bij Hobbes, die breekt met een wereldbeeld waarin plaats is voor één Christelijke waarheid, een recht op gewetensvrijheid herkend worden. Zie Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 21-22.

⁵⁰ G.F.M. van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee* (Deventer: Kluwer 1998) 148-152.

⁵¹ John Locke, *Two Treatises of Government* [1699] (Cambridge: Cambridge University Press 1988).

⁵² Vgl. Schmitt, *Die Diktatur*, 24-25, die stelt dat men bij Locke het volk nog niet gelijk kan stellen met het ‘plebs’ of de ‘incondita et confusa tuba’ zoals later bij bijvoorbeeld Rousseau wel het geval is. Volgens Schmitt is het volk ook bij Locke nog niet te onderscheiden van het in de standen vertegenwoordigde volk.

onafhankelijkheidsbeweging en daarna in 1789 met de Franse Revolutie breekt een nieuwe episode aan in het denken over recht en staat.

1.4 De Franse Revolutie: soevereiniteit van het volk

In de negentiende eeuw wordt Europa in staatkundig opzicht voortdurend heen en weer geslingerd tussen revolutionaire en conservatieve krachten. Behalve in Groot-Brittannië, waar de fundering van de staat vrijwel onaangetast blijft,⁵³ strijden op het vasteland verschillende opvattingen over de ideale inrichting van de staat met elkaar om voorrang. Katalysator van al deze ontwikkelingen is in belangrijke mate het uitbreken van de Franse Revolutie. Wanneer, nadat Lodewijk XVI de Staten-Generaal bijeen heeft geroepen, de derde stand zich op 17 juni 1789 proclameert tot nationale vergadering, wordt een proces in werking gezet dat zich tot ver buiten de Franse landsgrenzen zal laten voelen.⁵⁴ Europa maakte voor de eerste keer sinds de klassieke Oudheid kennis met het fenomeen democratie. Op het moment dat de afgevaardigden, die even buiten Versailles op een kaatsbaan samen waren gekomen om verder te vergaderen, zich plechtig voornamen om zichzelf een constitutie te geven, vond er een transformatie plaats.⁵⁵ Door de grondwetgevende macht aan zich te trekken, werd het Franse volk een *natie* – dat wil zeggen, zich van zijn ‘*politischen Existenz bewußt*’.⁵⁶ Vorstensoevereiniteit werd ingeruild voor volkssoevereiniteit.

De Franse Revolutie was niet de eerste omwenteling waarbij volksmacht in de plaats werd gesteld van een monarchie. In menig opzicht werden de Franse revolutionairen geïnspireerd door wat zich dertien jaar eerder aan de overzijde

⁵³ Dat neemt niet weg dat het Britse parlementaire stelsel in de eerste helft van de 19^e eeuw, zeker ook onder invloed van de gebeurtenissen die plaatsvonden op het Europese continent, sterke veranderingen onderging. De doctrine van ‘*sovereignty of parliament*’, zoals het kernbeginsel van het Britse staatsrecht later bij Dicey ging heten, bleef desalniettemin fier overeind staan. Zie Ann Lyon, *Constitutional History of the United Kingdom* (Londen: Cavendish Publishing 2003) 307-328.

⁵⁴ Van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, 116-121. Vgl. ook Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1999) 11-24; Rainer Wahl, ‘Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866’, in: J. Isensee en P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I (Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2003) 48-50.

⁵⁵ Schmitt, *Verfassungslehre*, 50. In dit verband zij aangetekend dat de transformatie die tijdens de Franse Revolutie plaatsvindt hier vooral als juridisch verschijnsel wordt benaderd. In historisch opzicht valt de scheidslijn tussen *Ancien Régime* en moderne, burgerlijke samenleving minder eenvoudig te trekken. Zie hierover, boeiend: Simon Schama, *Citizens: A Chronicle of the French Revolution* (Londen: Penguin Books Limited 2004).

⁵⁶ Ibid.

HOOFDSTUK 1

van de Atlantische Oceaan had afgespeeld. Ook in Amerika speelde soevereiniteit een kardinale rol aan de vooravond en ten tijde van de revolutie.⁵⁷ En de Amerikanen hebben de Fransen de weg gewezen met betrekking tot de vervaardiging van grondwetten. Waar, zoals in dit hoofdstuk, wordt ingezoomd op de historische en conceptuele ontwikkeling van soevereiniteit, ligt het niettemin in de rede om in eerste instantie meer oog te hebben voor de Franse Revolutie en haar theoretische onderbouwing. Allereerst omdat de breuk en daarmee ook de transformatie die eind achttiende eeuw in Frankrijk plaats had, dramatischer en fundamenteeler was dan de breuk die rond dezelfde periode in Amerika gestalte kreeg. Zoals in het volgende hoofdstuk uitvoeriger aan de orde komt, was de monarchie die door de Amerikaanse kolonisten in 1776 aan de kant werd gezet anders – minder absolutistisch – van aard dan de monarchie die in Frankrijk omver werd geworpen.⁵⁸ Dit heeft de scherpte beïnvloed waarmee het leerstuk van soevereiniteit door Amerikanen wordt bestudeerd.

Hier komt bij dat het referentiepunt dat wij vandaag bij de bestudering van het Amerikaanse staatsrecht gebruiken toch vooral de grondwet van 1787 is. Deze grondwet vormde in niet onbelangrijke mate een poging om het ontvlambare potentieel van volkssoevereiniteit de kop in te drukken. Aan de wortel van de Amerikaanse constitutie in 1787 lag een compromis, en compromissen blinken over het algemeen niet uit in constitutionele zuiverheid. Verderop in deze studie zal op verschillende plekken benoemd worden dat de eerste zes decennia van de Amerikaanse republiek hebben laten zien dat soevereiniteit zich niet gemakkelijk laat bedwingen. Deze ervaringen hebben er nochtans niet voor gezorgd dat soevereiniteit en de premissen van soevereiniteit, zoals in Frankrijk, een zeer prominente en ondubbelzinnige plek in de Amerikaanse constitutionele doctrine hebben verworven. Terecht of onterecht, zijn de Verenigde Staten altijd meer het land van het individu – van Locke – gebleven dan van de gemeenschap – van Rousseau.⁵⁹

De naam van Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) is gevallen.⁶⁰ Naast de naam van Bodin is waarschijnlijk geen naam zo nauw verbonden met soeverei-

⁵⁷ Zie Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787* (Chapel Hill en Londen: University of North Carolina Press 1998) 344-346. Vgl. ook Joseph J. Ellis, *American Creation* (New York: Vintage Books 2007).

⁵⁸ Zie *infra*, § 2.5. Vgl. ook Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I (München: Beck 1984) 143-144.

⁵⁹ Wood, *The Creation of the American Republic*, 46-90, bespreekt uitgebreid dat het Amerikaanse constitutionele debat gedurende de ‘founding years’ zeker niet alleen werd gedomineerd door een preoccupatie met individuele rechten, maar evenzeer in het teken stond van het algemeen belang.

⁶⁰ Zie Elzinga en De Lange. *Van der Pot*, 33-38; Hoogers, *De verbeelding van het souvereine*, 13-73; de inleiding van G. van Roermund bij: Jean Jacques Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag* (Amsterdam: Uitgeverij Boom 2005), een vertaling door Sander van Den Braak en G. van Roermund van het Franse origineel *Du contrat social ou principes du droit politique* uit 1762.

niteit als de naam van deze beroemde maar ook omstreden denker, die geldt als grondlegger van de moderne volkssoevereiniteitsleer. Volgens Rousseau is de mens vrij geboren en van nature goed, maar onder het *Ancien Régime* ook geketend aan de ijzers van een onrechtvaardige staat.⁶¹ In zijn invloedrijke geschrift *Du contrat social* stelt hij zichzelf daarom de vraag of het mogelijk is een samenleving te construeren waarin het volk de macht heeft zonder dat dit ten koste gaat van de vrijheid van het individu.⁶² Geïnspireerd door de staatsinrichting van de stadsrepubliek Genève, zijn geboorteplaats, beantwoordt Rousseau deze vraag bevestigend. Anders dan Hobbes zoekt Rousseau in de staat niet primair een zekersteller van orde en veiligheid, maar veel meer een hoeder van menselijke vrijheden. Als voorwaarde stelt hij dat de mens zich met volle overtuiging en met heel zijn persoon door middel van het sluiten van een sociaal contract overgeeft aan een gezamenlijk verband – de staat – waarbinnen alles is gericht op het achterhalen van de gemeenschappelijke wil, de *volonté générale*.⁶³ Voor Rousseau vormt de staat geen bedreiging voor de mens, zoals in aanleg bij Locke het geval is, maar biedt hij juist bescherming. Over vrijheid spreken heeft pas zin *binnen* het raamwerk van de staat – als men geen *homme naturel* meer is maar *citoyen* is geworden. Bij de Fransman is de staat dus niet een middel, maar een doel op zich.

Het volk dat handelend optreedt en de *volonté générale* probeert te achterhalen, noemt Rousseau soeverein; de afspraken die daaruit voortvloeien ‘wetten’, die iedereen gelijkelijk verbinden. Omdat anders niet zinvol van vrijheid gesproken kan worden, is het van belang dat de wetgevende bevoegdheid ook daadwerkelijk in een volksvergadering bij het volk ligt en niet gedelegeerd wordt aan een of ander vertegenwoordigend lichaam. Het ging Rousseau erom dat sprake was van *identiteit* tussen regeerders en geregeerden. Soevereiniteit is bij hem onvervreemdbaar en ondeelbaar.⁶⁴ Daarmee ligt Rousseau misschien wel dichter bij Bodin dan Hobbes. De idee van een absolute staat blijft in *Du contrat social* namelijk volledig intact. Zijn theorie stelt Rousseau echter wel voor het probleem dat moeilijk voorstelbaar is hoe een volk in een bevolkingsrijke staat

⁶¹ ‘L’homme est né libre, et partout il est dans les fers’. (Boek I, hfdst. 1).

⁶² ‘Trouver une forme d’association qui défende et protégé de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s’unissant à tous, n’obéisse pourtant qu’à lui-même, et reste aussi libre qu’auparavant.’ (Boek I, hfdst. 6).

⁶³ Zie Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 35; Keith Michael Baker, *Inventing the French Revolution: Essays on French Political Culture in the Eighteenth Century* (Cambridge: Cambridge University Press 1990) 235.

⁶⁴ Het belang dat door Rousseau wordt gehecht aan het bestaan van identiteit tussen regeerders en geregeerden leidt er, enigszins verwarrend, in *Du contrat social* toe dat twee soevereinen van elkaar moeten worden onderscheiden: de ‘soverein-verdraguitvaardiger (...)’, geen orgaan in de staat maar (...) de legitieme grondslag voor de staat’ en ‘de sovereign-wetgever’ (...) een orgaan in de staat’ dat ‘daar (in het maatschappelijk verdrag, JWvR) omschreven bevoegdheden’ uitoefent. Zie Hoogers, *De verbeelding van het soevereine*, 48-50.

HOOFDSTUK 1

actief handelend kan optreden. Het liefst zag hij dan ook dat mensen zich verenigden in kleine staten, naar het voorbeeld van zijn vaderstad Genève.⁶⁵

De grote daad van Rousseau was dat dankzij zijn these over volkssoevereiniteit het Franse volk tijdens de Revolutie in theoretisch opzicht tot een politieke eenheid gesmeed kon worden. De Geneefse denker toonde aan dat een ‘multitude of men’, om de befaamde passage van Thomas Hobbes in deel I van *Leviathan* te parafraseren, ‘one person’ kon zijn zonder daarbij te moeten teruggrijpen op de persoon van een monarch.⁶⁶ Hobbes had niettemin scherp gezien dat de eenheid van een samenleving niet zozeer afhangt van de eenheid van de gerepresenteerden als wel van die van de representant.⁶⁷ De belangrijke vraag is wie mag en kan handelen. Onder het *Ancien Régime* was dit over het algemeen de koning. Ofwel via een verdragsconstructie zoals bij Hobbes, ofwel via de directe tussenkomst van God, ofwel omdat de koning geacht werd symbool te staan voor het gehele publieke domein. Gemene deler van al deze opvattingen was in ieder geval dat de onderliggende natie enkel en alleen in de persoon van de koning zichtbaar kon worden. Een volk – als je dat al zo mocht noemen – ontleende zijn bestaansrecht met andere woorden voornamelijk aan de monarch. Standen, steden en vroedschappen traden niet meer op als uitdrukkelijke vertegenwoordigers van de gemeenschap zoals tot in de zestiende eeuw het geval was, maar waren slechts complementair aan de eenheid van de staat.⁶⁸ Rousseau

⁶⁵ Dat Rousseau grote moeite had met representatie van de algemene wil, betekent overigens niet dat hij onder geen beding concessies wilde doen aan het ideaal van een actief handelend soeverein volk. Dit blijkt vooral uit de staatsinrichting die hij ontwierp voor Polen, een land met een grote bevolking. In dat ontwerp, genaamd *Considérations sur le Gouvernement Pologne* (1771), werkt Rousseau een model uit waar wel degelijk plaats is voor vertegenwoordigende wetgevende organen. Door met de figuur van het gebonden mandaat aan te komen, voorkomt hij evenwel dat hij afbreuk hoeft te doen aan zijn fundamentele premisse dat wetgeving het product moet zijn van de soevereine ‘*volonté générale*’. Zie Hoogers, *De verbeelding van het soevereine*, 60-69; Baker, *Inventing the French Revolution*, 235-238.

⁶⁶ Hobbes, *Leviathan*, Deel I, 109.

⁶⁷ Ibid. (‘For it is the unity of the representer, not the unity of the represented, that maketh the person one. And it is the representer that beareth the person, and but one person: and unity, cannot otherwise be understood in multitude.’) Vgl. van Thomas Hobbes ook *Man and citizen* uit 1642, bewerkt door Bernard Gert (New York: Humanities Press 1978) 250: ‘The people rules in all governments. For even in monarchies the people commands: for the people wills by the will of one man.’

⁶⁸ Baker, *Inventing the French Revolution*, 224-228. Paradoxaal genoeg, merkt Baker in dit verband op, ondergroef de absolute vorstenstaat niet alleen de oude standenconstitutie, maar tevens zichzelf. Dankzij de vele centraliserende en coördinerende activiteiten die onder leiding van de absolute vorst werden ontplooid, raakte de samenleving meer en meer politiek geïntegreerd. De natie die hierdoor ontstond, zorgde er uiteindelijk voor dat de koning overbodig werd als unificerend symbool. In meer conceptuele zin kan hier nog aan worden toegevoegd dat de vestiging van het principe van vorstensoevereiniteit, vanaf het einde van de 16^e eeuw, ondanks toespelingen op God, hand in hand gaat met een ontwikkeling naar seculiere vrijheid en daarmee reeds de kiem van volkssoevereiniteit in zich draagt. Zie uitgebreider over dit punt *infra*, § 8.3.

doorbrak dit paradigma door het ontvouwen van een theorie waarin het volk wel tot handelen kon worden gebracht en de vorst als politiek unificerend symbool niet langer nodig was. Hij stelde de voormannen van de Revolutie daarmee echter wel voor een lastig dilemma. Hoe slaagde men er namelijk in de figuur van een soeverein volk op een geloofwaardige manier te vertalen naar een groot land als Frankrijk zonder dat de staat aan slagkracht zou inboeten?

Het antwoord op deze vraag werd gevonden in het fenomeen representatie. Dit gebeurde op een wijze die tot zekere hoogte aansloot bij het denken over de representatieve functie van de koning onder het *Ancien Régime*, maar wel een radicaal andere oplossing vormde dan de benadering die werd gekozen met betrekking tot de oude standen, waar vertegenwoordiging een in essentie privaatrechtelijk verschijnsel was dat toezag op specifieke groepen en belangen. De standen traden op onder gebonden mandaat van de gemeenschappen en regio's waar zij voor uitkwamen. De werkwijze van de Staten-Generaal onder de Republiek der Verenigde Nederlanden is hier een sprekend voorbeeld van. Ook bij Rousseau komen we – zij het onder strikte voorwaarden – de figuur van het gebonden mandaat tegen. Hoewel hij fel gekant was tegen elke vorm van representatie die het uitzicht op de algemene wil kon ontnemen, erkende Rousseau dat een bepaalde mate van vertegenwoordiging in grote landen onvermijdelijk was.⁶⁹ In beide gevallen werd het perspectief van de gerepresenteerde dus als vertrekpunt genomen. De *founding fathers* van de Franse Revolutie draaien deze voorstelling van zaken om.⁷⁰ Uitgangspunt wordt dat juist door toevlucht te zoeken bij een vergaande vorm van politieke representatie het werkelijk zinvol wordt om te spreken van een soeverein volk.

Van groot belang in dit opzicht is het gedachtegoed van de staatsman en constitutionele denker Emmanuel Sieyès (1748-1836), die vooral in de beginnende van de Revolutie zeer gezaghebbend was.⁷¹ In zijn invloedrijke pamflet *Qu'est-ce que le Tiers État?*, uitgekomen aan de vooravond van de Revolutie, spoort Sieyès de derde stand aan zich uit te roepen tot Nationale Vergadering en de Franse natie een constitutie te geven. Ter onderbouwing van deze oproep sluit Sieyès op veel punten aan bij Rousseau. Evenals bij de filosoof uit Genève treft men bij Sieyès een volk aan dat soeverein is. Sieyès spreekt in dit verband van soevereiniteit van de natie.⁷² En ook Sieyès hanteert als basis voor de staat een maatschappelijk verdrag waarin de deelgenoten zich verplichten het alge-

⁶⁹ *Supra*, vn. 65.

⁷⁰ Iets dergelijks gebeurde rond dezelfde tijd ook in Amerika. Zie James Madison in *Federalist* nr 10.

⁷¹ Zie William H. Sewell, Jr., *A Rhetoric of Bourgeois Revolution: The Abbé Sieyès and What Is the Third Estate?* (Durham en Londen: Duke University Press 1994) i.h.b. 41-65; Baker, *Inventing the French Revolution*, 244-251; Hoogers, *De verbeelding van het soevereine*, 105-130. Voor een beknopte maar lezenswaardige biografische schets van Sieyès zij verwezen naar Van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, 113-115.

⁷² Over het verschil tussen volk en natie is – met name in Frankrijk – veel te doen geweest. Zie over deze kwestie, kort: § 3.2.1

HOOFDSTUK 1

meen belang na te volgen. Daar houden de overeenkomsten echter op. Bezorgd om de eenheid van Frankrijk bij een Rousseauiaans confederaal model, stelt Sieyès, anders dan Rousseau, dat de belangen van het volk juist het beste verdedigd kunnen worden in een parlement met uitgebreide bevoegdheden. De Franse staatsman keert zich daarom expliciet tegen de figuur van het gebonden mandaat en opteert in plaats daarvan voor een model waarin vertegenwoordigers vrijelijk – dat wil zeggen zonder last – met elkaar over de algemene wil kunnen delibereren.

Wezenlijker nog, is dat Sieyès aanvoert dat, wil een volk werkelijk soeverein zijn, het ook niet fysiek binnen de staat actief *kan* handelen.⁷³ De natie, gedacht als collectieve grootheid, bevindt zich volgens Sieyès namelijk per definitie altijd in de toestand die aan het sluiten van het maatschappelijk verdrag vooraf is gegaan – de natuurtoestand. Binnen de door haar gecreëerde staat kan de natie vanwege haar *aard* niet verschijnen. Daar zal zij volgens Sieyès uiteenvallen in een optelsom van meerdere particuliere willen. Als grondlegger van de staat en bron van alle recht is een dergelijk verschijnen voor haar bovendien ook *princiepelijk* onmogelijk. Om over de rechtsorde te kunnen beslissen, zo meent Sieyès, is het logischerwijs noodzakelijk om daarbuiten te staan. Aan representatie valt dus niet te ontkomen. Soevereiniteit is een van nature transcendent begrip en kan alleen via vertegenwoordigers in de staat aan het licht komen. En die vertegenwoordigers dienden volgens Sieyès voort te komen uit de besten van de maatschappij. Juist in de verlichte sfeer van het parlementaire debat zou de algemene wil optimaal gediend worden en de rede boven komen drijven.⁷⁴

Een en ander betekent ondertussen niet dat de natie als juridisch verschijnsel ophoudt te bestaan. Het volk behoudt namelijk de bevoegdheid om op welk moment dan ook veranderingen aan te brengen in de rechtsorde of haar zelfs in haar geheel en al overboord te zetten. Sieyès introduceert in verband hiermee het begrippenpaar *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué*.⁷⁵ De *pouvoir constituant* is de ultieme bevoegdheid of, beter gezegd, juridische macht van de soevereiniteit dragende natie om zichzelf een grondwet te geven; *pouvoirs constitués* zijn bevoegdheden die binnen het raamwerk van de staat, op grond van die constitutie, tot stand zijn gekomen. *Pouvoir constituant* is uiteindelijk ook de soeve-

⁷³ Zie hierover uitgebreid Hoogers, *De verbeelding van het soevereine*, 117-121; 216-223.

⁷⁴ Sieyès baseerde deze stellingname op het principe van arbeidsverdeling, dat hij ontleende aan de Schotse filosoof en econoom Adam Smith, bekend om zijn werk *Wealth of Nations*. In een moderne en ontwikkelde samenleving kon men volgens Sieyès niet van mensen verwachten dat zij zich met alle facetten van arbeid, nodig om een normaal bestaan te leiden, zouden bezighouden. Specialisatie was met andere woorden onontkoombaar; iets dat niet alleen gold voor de economie, maar ook voor de politiek. In de ogen van Sieyès lag het dan ook voor de hand dat degenen die daar het meeste talent voor hadden, zich zouden toeleveren op het vertegenwoordigen van de algemene wil. Zie Sewell, *A Rhetoric of Bourgeois Revolution*, 71-108.

⁷⁵ Zie Van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, 152-156; Hoogers, *De verbeelding van het soevereine*, 216-218.

reine natie zelf, die zich via door hem opgerichte instituties – *pouvoirs constitués* – in de rechtsorde laat representeren.

De noties *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué* zullen in het vervolg van dit boek nog vaker genoemd worden. Aan de hand van deze door Sieyès gemunte begrippen kan namelijk heel scherp in beeld worden gebracht op welk probleem het leerstuk van soevereiniteit betrekking heeft. Dat probleem begint ermee dat het lastig is om bij afwezigheid van het postulaat van een soeverein de werking van een democratische ordening te verklaren. Een rechtsorde, zo luidt een centrale revolutionaire these, kan alleen maar legitiem zijn, indien zij op de wil van een soeverein volk berust. Deze aanname leidt er vervolgens toe dat een zekere scheiding moet worden aangebracht tussen het subject dat wil – het politiek vaardige, rehtens onbegrensde volk – en datgene wat gewild wordt – de norm. En dit, ten slotte, noopt er weer toe dat in een democratie een centrale plaats wordt ingeruimd voor het fenomeen representatie.

Zoals hieronder aan de orde zal worden gebracht, is de revolutionaire voorstelling van een almachtig, soeverein volk aan de voet van een rechtsorde niet onweersproken gebleven. Volksoevereiniteit is naar aanleiding van de manier waarop de Franse Revolutie is verlopen, bij veel mensen in een kwade reuk komen te staan en werd lange tijd vaak niet zozeer geassocieerd met vrijheid en rechtvaardige orde, maar juist beschouwd als een bedreiging van deze doelen. In bovenstaande, aan Sieyès ontleende drietrapsraket kan, paradoxaal genoeg, echter ook een aangrijpingspunt worden gevonden voor de omgekeerde stelling; te weten, dat met de voorstelling van een almachtige, maar moeilijk benaderbare soeverein buiten het recht juist de belangen worden geschaad van de pure democratie zoals Rousseau die voor ogen had. Blijft de fundamentele premisse dat een volk over zichzelf regeert binnen de theorie van Sieyès immers nog wel in stand? Anders gezegd: is de voorstelling van een collectief gedacht volk dat in een permanente natuurtoestand te allen tijde over de staat kan beschikken in werkelijkheid niet een wassen neus, bedoeld om een burgerlijke rechtsstaat te vestigen, waarin uiteindelijk een elite het voor het zeggen heeft?⁷⁶ Tekenend in dit verband is dat de eerste Franse Revolutionaire Grondwet van 1791, waarvan Sieyès één van de geestelijke vaders was, slechts voorzag in een beperkt actief en passief kiesrecht. Wat heeft een volk, zo kan men zich afvragen, onder zulke omstandigheden nog aan soevereiniteit?

Dergelijke vragen zijn zonder meer legitiem. Wie hen stelt, doet er echter wel goed aan verder te graven en daarbovenop de vraag te stellen in hoeverre het überhaupt ooit mogelijk is om als *pouvoir constituant* te handelen en als soeverein volk direct over jezelf te regeren. Ook een grondwetgevende vergadering, bij uitstek de plek waar de *pouvoir constituant* wordt uitgeoefend, is een representatief orgaan. Zelfs in een meer op identiteit gerichte vorm van democratie

⁷⁶ Vgl. Van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, 155.

HOOFDSTUK 1

als die van Rousseau blijft dit probleem ogenschijnlijk overeind staan.⁷⁷ Ook de in een volksvergadering verzamelde burgers lijken uiteindelijk niet samen te vallen met de collectieve grootheid volk.⁷⁸ Stemmen – in een volksvergadering, voor een vertegenwoordigend lichaam of via referendum – blijft, hoe wezenlijk ook een bestanddeel van de uitoefening van soevereiniteit, op een bepaalde manier altijd een daad van representatie.

1.5 Concurrerende soevereiniteitsaanspraken en opkomst van de rechtsstaat

De wereld wemelt, nog steeds, van de staten die een soeverein volk als dekmantel gebruiken om met *carte blanche* te kunnen opereren. Illustratief hiervoor is het verloop van de Franse Revolutie zelf. De guillotines van Robespierre draaiden overuren in naam van het Franse volk. En Napoleon verkreeg, eerst als consul en later als keizer, via plebiscieten gedurende zijn autoritaire regime voor veel zaken de massale instemming van de natie. De Franse Revolutie was daarom niet alleen brenger van vrijheid, maar tegelijkertijd ook verantwoordelijk voor de blauwdruk van een staat welke in aanleg misschien nog wel despotischer was dan het bewind waarvoor hij in de plaats was gekomen. ‘De wil van de onttroonde vorst’, stelt Van der Tang, ‘was vervangen door een gepersonificeerde wil, waardoor de macht onaanspreekbaar was gemaakt.’⁷⁹

In dat licht is het niet verrassend wanneer de Europese politieke elite na de nederlaag van Napoleon bij Waterloo in staatkundig opzicht rigoureuus wil breken met de Franse wind die een tijd lang over Europa heeft gewaaaid. Om dat te bereiken wordt onder leiding van de Oostenrijkse kanselier Metternich in 1815 op het Congres van Wenen de monarchie op de meeste plaatsen in Europa in ere

⁷⁷ Hierbij dient te worden aangetekend dat zowel Sieyès als Rousseau nadrukkelijk vermeedde door hun voorgestane samenlevingsvorm als democratie te bestempelen. Sieyès sprak van een representatief stelsel, Rousseau noemde zijn geconstrueerde staat een republiek. Beide mannen associeerden de democratie met de Griekse stadsstaten uit de klassieke Oudheid. Vgl. Sewell, *A Rhetoric of Bourgeois Revolution*, 71-75. Ook James Madison, de grote theoreticus van de Amerikaanse constitutie, liet na om het door hem verdedigde constitutionele stelsel als ‘democracy’ te bestempelen en koos in plaats daarvan de notie van ‘republic’. Bij Madison was ‘democracy’ zelfs een uitgesproken negatief begrip, dat min of meer synoniem stond voor ‘mob rule’. Zie *Federalist* nr 10.

⁷⁸ Alleen al omdat vanwege verschillen in leeftijd nooit alle volksgenoten zullen kunnen stemmen. Verder bestaat altijd het gevaar dat burgers niet de algemene wil, maar hun eigen particuliere wil laten prevaleren. Dit laatste is zeker het geval in representatieve stelsels, waar stemmingen als regel in het geheim zullen plaatsvinden. Zie Hoogers, *De verbeelding van het soevereine*, 217-221.

⁷⁹ Van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, 155-156.

hersteld. Echter, zonder terug te keren naar de toestand zoals die voor 1806, het jaar van het uiteenvallen van het Duitse Keizerrijk, had bestaan. Het ‘*monarchische Prinzip*’ dat in deze periode, welke de Restauratie wordt genoemd, het leidende beginsel wordt, is anders van aard dan de grondbeginselen waarop het *Ancien Régime* was gebouwd.⁸⁰ Deze verschuiving is met name merkbaar in landen die onder de invloed van de Duitse Bond vallen en waar, met uitzondering wellicht van Pruisen, het absolutisme in het verleden als gevolg van de veellagige constitutionele structuur van het oude Rijk nooit echt voet aan de grond had gekregen.⁸¹ Weliswaar wordt op veel van deze plekken de standenvergadering opnieuw ingevoerd, dit kan niet verhullen dat de soevereiniteit binnen de nieuwe verhoudingen veelal uitsluitend in handen van de vorst komt te liggen.⁸² Hierin openbaart zich de blijvende erfenis van de Franse Revolutie: aan het belang van de eenheid van de staat wordt ook elders in Europa niet meer getwijfeld.⁸³

Tegelijk met de vestiging van het beginsel van vorstensoevereiniteit, in de regel met een beroep op oude theorieën die de macht van de vorst uit God verklaren, blijkt echter ook dat burgers geen genoeg meer nemen met een maatschappij waarin ze weinig te vertellen hebben. Ze willen inspraak in het nationale politieke besluitvormingsproces en vastlegging van hun burgerlijke vrijheden. Om hieraan tegemoet te komen, nemen leiders onder meer hun toevlucht tot de figuur van de geoctroyeerde grondwet. Een goed voorbeeld hiervan is de Franse *Charte* van 1814, waarin de nieuwe koning Lodewijk XVIII – ‘*après une longue absence*’ – zijn onderdanen uit vrije monarchale wil een constitutie geeft.⁸⁴ Op deze manier worden de kaders geschapen van een burgerlijke rechtsstaat zonder af te doen aan de instandhouding van het ‘*monarchische Prinzip*’: de koning behoudt vanuit zijn soevereiniteit te allen tijde het recht om de constitutie weer in te trekken.⁸⁵

⁸⁰ Zie Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 468-473; Schmitt, *Verfassungslehre*, 51-53.

⁸¹ Zie uitvoerig over de receptie van Bodins soevereiniteitsconceptie in het Duitsland van vòòr de Franse Revolutie: Quaritsch, *Souveränität*, 66-91.

⁸² Artikel 57 van de Weense Slotakte (1815), samen met de Duitse Bondsakte de constitutie van de nieuwgevormde Duitse Bond, luidt weinig verholten: ‘Da der deutsche Bund, mit Ausnahme der freien Städte, aus souverainen Fürsten besteht, so muß, dem hierdurch gegebenen Grundbegriffe zufolge, die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staats vereinigt bleiben, und der Souverain kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden.’

⁸³ Schmitt, *Verfassungslehre*, 52-53.

⁸⁴ Het *Charte* van 1814 luidt onder meer: ‘Nous avons considéré que, bien que l'autorité tout entière résidât en France dans la personne du roi (...) nous avons reconnu que le voeu de nos sujets pour une Charte constitutionnelle était l'expression d'un besoin reel (...) A CES CAUSES – NOUS AVONS volontairement, et par le libre exercice de notre autorité royale, ACCORDÉ ET ACCORDONS. FAIT CONCESSION ET OCTROI à nos sujets, tant pour nous que pour nos successeurs, et à toujours, de la Charte constitutionnelle qui suit: (...)’.

⁸⁵ Zie Van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, 176-184.

HOOFDSTUK 1

In Frankrijk wordt de vorstensovereiniteit na de Juli-Revolutie van 1830 weer overboord gezet. Onder de heerschappij van de burgerkoning Lodewijk-Philips krijgt het parlementaire systeem steeds meer van zijn huidige trekken, onder meer door versterking van de machtenscheiding en de ministeriële verantwoordelijkheid. De soevereiniteit in dit stelsel komt in handen van de natie te liggen, maar wel in zeer versluierde termen.⁸⁶ Niet alleen wil men af van het ‘*monarchische Prinzip*’, ook is men nog steeds erg huiverig voor de kwalijke tendensen van het beginsel van volkssovereiniteit. Van belang in dit opzicht is het gedachtegoed van de *doctrinaires*, een groep liberale denkers die zowel in theorie als in de praktijk heeft geprobeerd beide krachten met elkaar te verzoeven.⁸⁷ De *doctrinaires* pleiten ervoor Sieyès’ soevereiniteit van de natie als leidend beginsel te vervangen door de soevereiniteit van de *rede*. Volgens de leden van deze school komt de soevereiniteit noch aan de vorst noch aan het volk toe, maar openbaart zij zich – vanuit het perspectief dat de wil van een ‘concrete’ soeverein daar niet per se toe leidt – op de plaats waar de vrijheid het meeste gediend wordt. Dat kan de koning zijn, maar ook en vooral het parlement, waarvoor het dientengevolge van belang is – misschien nog wel meer dan bij Sieyès – om in alle vrijheid en openbaarheid te kunnen vergaderen. Politieke representatie wordt immers helemaal essentieel wanneer een zo abstract principe als de rede aan de staat ten grondslag ligt.

Het hameren van de *doctrinaires* op beginselen als machtenscheiding en politieke vertegenwoordiging als uitdrukking van de soevereine rede blijkt een voorbode van een periode waarin steeds nadrukkelijker wordt geprobeerd om het vraagstuk van soevereiniteit uit de staat weg te denken. Na de revolutionaire golf die Europa in 1848 overspoelt, wordt op veel plekken de rechtstaatgedachte tot norm verheven. In Frankrijk, waar in dat jaar de tweede republiek (1848-1852) wordt uitgeroepen, maar bijvoorbeeld ook binnen de Duitse Bond, waar de constitutionele monarchie veel uitgebreider vorm wordt gegeven.⁸⁸ Vanuit een formalistische benadering van het staatsrecht streeft men meer nog dan tevoren naar een ‘*government of laws, not of men*’.⁸⁹ Juridisering en codificatie zijn sleutelbegrippen in deze ontwikkeling, waarin de staat zelf uitgangspunt van het machtsdenken wordt en waarin geen ruimte is voor aan de staat voorafgaande aanspraken die de ordelijke werking van het constitutionele systeem alleen maar

⁸⁶ Schmitt, *Verfassungslehre*, 53; Hoogers, *De verbeelding van het souvereine*, 138.

⁸⁷ De voornaamste leden van de *doctrinaires* waren François Guizot en Pierre-Paul Royer-Collard. Met pogingen om het soevereiniteitsprincipe te ‘neutraliseren’ is verder de naam van Benjamin Constant verbonden. Zie uitgebreid C.E. Merriam, Jr., *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau* (New York: Colombia University Press 1900) 73-84; Hoogers, *De verbeelding van het souvereine*, 131-165.

⁸⁸ Schmitt, *Verfassungslehre*, 53-56. Zie daarnaast voor een overzicht van de staatkundige ontwikkelingen in Frankrijk en Duitsland: Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 87-115.

⁸⁹ Zie Van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, 199-204.

nodeloos kunnen compliceren. Het is een Hegeliaans perspectief, dat begrippen als volk en natie zinloos acht zonder daarbij een staat te denken.⁹⁰

Een soortgelijke, maar op belangrijke punten ook geheel eigen ontwikkeling, vindt plaats in het Victoriaanse Groot-Brittannië, waar rechtsgeleerden als Austin en Dicey een scherp onderscheid bepleiten tussen ‘legal’ en ‘political sovereignty’. Volgens de Britse doctrine dienden juristen enkel oog te hebben voor de eerste variant, waarmee bedoeld werd op de ultieme constitutionele bevoegdheid van het parlement in Westminster ‘to make or unmake any law whatsoever’.⁹¹ Voor politiek, dat wil zeggen de vraag waar deze bevoegdheid vandaan kwam en wat dit parlement eigenlijk representeerde, was weinig ruimte.⁹² Recht werd aldus in toenemende mate op een *positivistische* manier benaderd. Beoefenaren van het recht wilden af van de idee dat hun discipline slechts een aftreksel was van grote thema’s als moraliteit, theologie of politieke filosofie. Normen zouden bestudeerd moeten kunnen worden op een neutrale manier, op basis van voorwaarden die eigen zijn aan het recht. Wat betreft de vraag waar normen vandaan kwamen, was – en hier zijn duidelijk echo’s van Bodin en Hobbes hoorbaar – alleen van belang of zij waren opgelegd (‘posited’) door een bevoegde gezagsinstantie.⁹³

Dat juist het Verenigd Koninkrijk een vruchtbare bodem blijkt te zijn voor de gedachte van rechtspositivisme, is wellicht niet toevallig. De ‘rule of law’, het Engelse equivalent van de Duitse rechtstaatidee, is in de negentiende eeuw geen nieuw concept. De invloed van de *common law* nog even daargelaten, heeft de burgerij, door heel Europa aanjager van constitutionaliseringsdriften en rechtsstaatinitiatieven, daar al twee eeuwen eerder greep op de staat gekregen.⁹⁴ Op het eerste gezicht lijkt dit enigszins haaks te staan op het reeds genoemde principe van de ‘sovereignty of parliament’, dat, inhoudelijk gezien althans, teruggaat tot dezelfde periode. Bij nader inzien blijkt de tegenstelling tussen ‘rule of law’ en ‘sovereignty of parliament’ echter wel mee te vallen. Het Britse parlement mag dan formeel gesproken absoluut zijn in de zin dat het de be-

⁹⁰ Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 44-45.

⁹¹ Zie A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Londen: Macmillan & Co. 1915) 37-38.

⁹² Zie Martin Loughlin, *Sword and Scales: An Examination of the Relationship Between Law and Politics* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2000) 136-140. Zie in dit verband van dezelfde auteur ook: ‘Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice’, in: Martin Loughlin en Neil Walker (red.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford: Oxford University Press 2007) 27-48.

⁹³ Denk met name aan de ‘command theory’ van de Britse jurist John Austin (1790-1859). Zie plato.stanford.edu/entries/austin-john.

⁹⁴ Zie voor een overzicht: R.C. van Caenegem, *An historical introduction to western constitutional law* (Cambridge: Cambridge University Press 1995) 109-125.

HOOFDSTUK 1

voegdheid heeft ‘to make or unmake any law whatsoever’,⁹⁵ anders dan soevereiniteitsconcepties die gerelateerd zijn aan vorst of volk betreft het hier een soevereiniteitsbegrip dat van meet af aan is ingebed in constitutionalisme. Het Britse parlement, dat is de ‘King-in-Parliament’ – een notie, die in haar oorspronkelijke opzet tot uitdrukking brengt dat na jaren van twist over de vraag wat de bron van recht is, men weer terug wilde keren bij het oude middeleeuwse ideaal van *regimen mixtum*. Dat wil zeggen, de Engelsen zochten weer aansluiting bij de idee dat een toestand van machts-evenwicht tussen de verschillende klassen in de samenleving de aangewezen constitutionele inbedding vormt voor het uitoefenen van gezag.⁹⁶ Dat evenwicht is in de loop van jaren steeds minder gaan voorstellen. Waar de figuur van de vorst in de loop van de achttiende eeuw al uit het politieke centrum verdwijnt, is, na veel politieke strijd, begin twintigste eeuw ook de House of Lords aan de beurt om een stapje terug te doen.⁹⁷ Dit neemt niet weg dat de vestiging van een soeverein parlement in het Verenigd Koninkrijk conceptueel als een poging kan worden gezien om de existentieel politieke vraag waar het recht vandaan komt juist te neutraliseren. Alleen al daarom vormt de ‘sovereignty of parliament’ een concurrerende soevereiniteits-aanspraak ten opzichte van theorieën over volkssoevereiniteit.

Op het Europese continent is de doctrine van de ‘sovereignty of parliament’ in geen enkel land integraal overgenomen.⁹⁸ Gezien de specifieke omstandigheden waaronder de doctrine zich in Groot-Brittannië kon vestigen, lag dat ook niet voor de hand. Als gezegd worstelt men ook op het continent echter met het ontwrichtende potentieel van preconstitutionele aanspraken. In Duitsland, waar de ‘natie’ veel meer dan in het Verenigd Koninkrijk een onlosmakelijk onderdeel van het constitutionele debat vormt, resulteert deze worsteling er bij veel commentatoren in dat zij uiteindelijk de staat zelf soeverein verklaren. Staatssoevereiniteit vormt een compromis. Doordat men de soevereiniteit niet langer laat toevallen aan metajuridische grootheden als vorst en volk maar aan de rechtspersoon staat wordt enerzijds voorkomen dat het recht buiten de orde wordt geplaatst. Aangezien de staat, zeker op dat moment in Duitsland, niet als een kille juridische constructie wordt beschouwd maar veeleer als een zedelijk lichaam waar de geest van de natie in rondwaart, wordt anderzijds echter ook

⁹⁵ Als gevolg van, in het bijzonder, het Europese integratieproces wordt hedentendage overigens door menig jurist betwijfeld of deze bevoegdheid nog wel overeind staat. Uit de Britse jurisprudentie rijst, zij het op een genuanceerde manier, niettemin een beeld op dat bovenstaande these nog steeds onderschrijft. Zie hiervoor de *Metric Martyrs case* (*Thoburn v. Sunderland City Council* [2003] Q.B. 151).

⁹⁶ Zie Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 46; 58-82. Vgl. ook, zeer uitgebreid, Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates* (Cambridge: Cambridge University Press 2010).

⁹⁷ Beeldend hierover: L. Prakke, ‘Swamping the Lords, Packing the Court, Sacking the King: Three Constitutional Crises’, 2 *European Constitutional Law Review* (2006) 116-146.

⁹⁸ Vgl. *infra*, § 3.4.2 over de vraag in hoeverre de Nederlandse wetgever als soeverein kan worden beschouwd.

geen afscheid genomen van zulke grootheden.⁹⁹ Een bijkomend voordeel van de leer der staatssoevereiniteit is dat zij problemen camoufleert die het hanteren van een soevereiniteitsbegrip in een stelsel met federale trekken veroorzaakt; een thema dat vooral prangend wordt wanneer in 1867 de Noord-Duitse Bond en in 1871 het Duitse Rijk tot stand komt. Rond deze tijd gaan er dan ook wel geluiden op om soevereiniteit geheel en al uit het spraakgebruik te verbannen of haar in ieder geval te ontdoen van haar ondeelbare karakter.¹⁰⁰ De Duitsers zullen in dit verband ongetwijfeld met een schuin oog hebben gekeken naar de Verenigde Staten, waar kort daarvoor een bloedige oorlog was uitgevochten. Inzet van deze strijd was onder andere of het, met een beroep op soevereiniteit, mogelijk was om uit de Unie te stappen die tachtig jaar eerder tot stand was gekomen.¹⁰¹

1.6 Primaat van de politiek of van het recht?

Karakteristiek aan concepten als de ‘sovereignty of parliament’, soevereiniteit van de rede en staatssoevereiniteit¹⁰² is de overtuiging dat soevereiniteit in de eerste plaats een juridische categorie is. Voorvoegsels die verwijzen naar de macht van de vorst, God of het volk zijn binnen deze lezing eigenlijk niet meer dan labels voor bepaalde politieke stromingen, die onnodig afleiden van de kern van de zaak. Het is niet zo dat soevereiniteit als gevolg van deze depolitiseringsoperatie haar absolute natuur kwijtraakt. Door soevereiniteit, à la Bodin, vooral op te vatten als onverbreekelijke eigenschap van een machtsvolkomen staat, lijkt het fenomeen echter wel bepaalde beperkingen te kennen. Zo meenden aanhangers van de staatssoevereiniteitsleer dat de soevereine staat bijvoorbeeld niet zijn eigen rechtsorde kan opheffen. In de woorden van Jellinek: ‘Nur das Wie, nicht das Ob der Rechtsordnung liegt in seiner Macht (...)’.¹⁰³ Dit heeft iets paradoxaals. Door soevereiniteit los te koppelen van de mogelijkheid om een rechtsorde opzij te zetten, wordt misschien weliswaar soevereiniteit beperkt, maar

⁹⁹ Zie beknopt: Van der Tang, *Soevereiniteit*, 93-94.

¹⁰⁰ Zie Stefan Oeter, ‘Federalism and Democracy’, in: Armin von Bogdandy en Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law* (Oxford en München: Hart Publishing en Verlag CH Beck 2010) 62-68. Over de problematiek van soevereiniteit in relatie tot een federatie wordt in deel 3 van dit boek, in het bijzonder hoofdstuk 9, veel uitgebreider ingegaan.

¹⁰¹ *Texas v White*, 74 U.S. 700 (1869).

¹⁰² Een andere liberale soevereiniteitsconceptie die in dit verband nog genoemd zou kunnen worden is de van de Nederlander Hugo Krabbe (1857-1936) afkomstige rechtsovereiniteitsleer, waarin het menselijke rechtsbewustzijn als bron van het constitutionele recht wordt aangewezen. Zie Krabbe, *De moderne staatsidee*, 109-110. Zie beknopt: Van der Tang, *Soevereiniteit*, 93-94.

¹⁰³ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 477; 473-484.

HOOFDSTUK 1

vindt tegelijkertijd wel een verabsolutering van het recht plaats. De vraag is of normen tegen een dergelijke verabsolutering bestand zijn. Wat bijvoorbeeld te doen als constitutionele procedures geen uitkomst bieden en de staatsmachine tot stilstand komt?

Kritiek leveren op pogingen om de vraag naar ‘das Ob der Rechtsordnung’ te relativieren, komt in feite neer op kritiek leveren op de notie van de liberale (democratische) rechtsstaat. Deze kritiek is het meest helder naar voren gebracht door de omstreden Duitse staatsrechtjurist Carl Schmitt (1888-1985), die zowel ten tijde van de Republiek van Weimar als in de begintijden van Hitlers Derde Rijk veel invloed genoot.¹⁰⁴ Hoe grondig een constitutie ook vorm was gegeven, er zouden volgens Schmitt altijd situaties blijven bestaan waarin procedures geen antwoord konden geven en het recht derhalve op zijn eigen onvolkomenheid zou worden gewezen. Als voorbeeld geeft Schmitt het Pruisische budgetconflict (1862-1866), een beruchte episode in de constitutionele geschiedenis van Duitsland tijdens welke de Pruisische Landdag weigerde de begroting goed te keuren.¹⁰⁵ Omdat de Pruisische constitutie niet in een dergelijke weigering voorzag, betekende dit volgens kanselier Bismarck dat het de Koning en zijn regering uiteindelijk vrijstond om naar eigen goeddunken te handelen. Ingeval van een grondwettelijke leemte (*Lücke*), besloot namelijk degene bij wie de soevereiniteit berustte: de – preconstitutionele – koning.

Het Pruisische budgetconflict illustreerde volgens Schmitt waar het in de kern bij soevereiniteit om draait. Niet zozeer het feit dat soevereiniteit de hoogste macht van een staat is, als wel dat zij een grensconcept is. ‘Souverän ist’, zo stelt Schmitt, ‘wer über den Ausnahmezustand entscheidet.’¹⁰⁶ In de regel zal een rechtsorde de instrumenten kunnen aanreiken om eventuele hindernissen te nemen die op de staatsrechtelijke weg liggen. Desondanks meent Schmitt dat er altijd situaties zullen zijn waarin het recht op zijn inherente tekortkomingen stuit. En in zo’n uitzonderingssituatie, waarin de rechtsorde wordt opgeschort maar de staat blijft bestaan, toont zich de meest wezenlijke eigenschap van de staat: zijn onbegrensde soevereiniteit. Voor de Duitse staatsrechtjurist is het van groot belang om te onderstrepen dat recht zichzelf niet normatief kan verklaren. Daar is in laatste instantie een beslissing voor nodig die afkomstig is van een buiten of naast de rechtsorde staande, politieke wil¹⁰⁷ – in een democratie de wil

¹⁰⁴ Zie over Schmitt: Hoogers, *De verbeelding van het souvereine*, 192-255. Vgl. verder Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 54-55.

¹⁰⁵ Schmitt, *Verfassungslehre*, 56. Zie daarnaast Wahl, ‘Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866’, 74-76.

¹⁰⁶ Schmitt, *Politische Theologie*, 13. (‘Soverein is, wie over de uitzonderingstoestand besluit.’)

¹⁰⁷ Schmitt, *Verfassungslehre*, 76. (‘Eine Verfassung beruht nicht auf einer Norm, deren Richtigkeit der Grund ihrer Geltung wäre. Sie beruht auf einer, aus politischem Sein hervorgegangen politischen Entscheidung über die Art und Form des eigenen Seins. Das Wort “Wille” bezeichnet – im Gegensatz zu jeder Abhängigkeit von einer normativen oder abstrakten Richtigkeit – das wesentlich Existenzielle dieses Geltungsgrundes.’)

van het volk. Schmitt borduurt hiermee in belangrijke mate voort op de denkbeelden van Sieyès. Ook bij de Fransman ging het er om aan te tonen dat aan het recht noodzakelijkerwijs een soevereine grootheid vooraf gaat die in het bezit is van de grondwetgevende macht – de *pouvoir constituant*.¹⁰⁸ Waar Sieyès in zijn theorie een robuuste scheidingswal aanbracht tussen constituerende en geconstitueerde macht en daarmee vol inzette op het belang van representatie, benadrukt Schmitt echter, in navolging van Rousseau, dat, wil men werkelijk van een democratische staat kunnen spreken, er behalve van representatie ook sprake moet zijn van identiteit tussen regeerders en geregeerden – dat wil zeggen, dat het volk als ‘realgegenwärtige Größe’ ook echt zelf ‘politisch aktionsfähig’ moet zijn.¹⁰⁹

Dat Schmitt soevereiniteit in de eerste helft van de twintigste eeuw weer op de voorgrond van het staatsrechtelijke debat plaatste, kwam hem van verschillende kanten op kritiek te staan. Schmitts voornaamste opponent in dit debat was de Oostenrijkse jurist Hans Kelsen (1881-1973). Kelsen was van mening dat soevereiniteit, in ieder geval de conceptie van soevereiniteit die door Schmitt werd voorgestaan, niet thuis hoorde in het lexicon van de rechtswetenschap. Volgens Kelsen was het zaak om bij de beoefening van het staatsrecht ‘zuiver’ juridisch te blijven redeneren.¹¹⁰ Als al van soevereiniteit gesproken diende te worden, moest dit in de ogen van de Oostenrijker uitsluitend worden verstaan als op de staat betrokken eigenschap en niet als preconstitutionele notie. Anders dan bij Schmitt vallen staat en rechtsorde bij Kelsen nadrukkelijk met elkaar samen en is de staat zelf aan rechtsnormen gebonden. Teruggrijpen naar een buiten de rechtsorde gelegen grootheid zou daarom onlogisch zijn.¹¹¹ Daar komt bij dat Kelsen de staat niet als sluitstuk van een piramide, maar slechts als onderdeel zag van een grotere ordening die het gehele volkenrecht omsloot.¹¹² In zijn preoccupatie naar het formuleren van een gesloten rechtssysteem waarin een absolute eenheid en hiërarchie van normen bestaat, komt Kelsen tot de conclusie dat het niet mogelijk is dat verschillende staten er elk een ‘hoogste’ rechtsorde

¹⁰⁸ Vgl. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, 146-147.

¹⁰⁹ Schmitt, *Verfassungslehre*, 205. Vlak na de machtsovername door de Nazi's in 1933 vindt, waarschijnlijk gedreven door ambitie, voor korte tijd een ommezwaai in het denken van Schmitt plaats. Hij komt dan namelijk tot de conclusie dat volledige identiteit tussen volk en staat wel degelijk mogelijk is. Schmitt zoekt deze identiteit in de persoon van de *Führer*, in wie het Duitse volk niet gerepresenteerd maar concreet aanwezig zou zijn. Zie Schmitt, 'Die Verfassung der Freiheit', 40 *Deutsche Juristen-Zeitung* (1935) 1133-1135. Zie verder ook Hoogers, *De verbeelding van het soevereine*, 247-248.

¹¹⁰ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* [1925] (Wenen: Österreichische Staatsdruckerei 1993); Ibid., *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* [1934] (Tübingen: Mohr Siebeck 2008). Kritisch: H.G. Hoogers, 'Silete, theologi, in munere alieno? Een beschouwing over de bestendigheid van theologische leerstukken voor staat en recht in het licht van Kelsens *Allgemeine Staatslehre*', 32 *Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* (2002) 27.

¹¹¹ Hoogers, 'Silete, theologi, in munere alieno?', 38.

¹¹² Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 119-128.

HOOFDSTUK 1

op nahouden. De verbindendheid van deze universele ordening verklaart Kelsen door het postuleren van een soort oernorm – de *Grundnorm* – die zelf geen rechtsnorm is, maar de logische vooronderstelling van het gegeven dat recht nu eenmaal geldt.¹¹³

Schmitt en Kelsen voerden hun pennenstrijd tegen het decor van de Weimar Republiek, een zeer roerige episode in de Duitse geschiedenis.¹¹⁴ Hoewel de wereld er inmiddels heel anders uitziet en de staat als subject van constitutionele discussie niet meer zo centraal staat als destijds, zijn de opvattingen van beide staatsrechtelijke denkers niettemin nog altijd zeer actueel. De voortdurende intellectuele aantrekkingskracht van Schmitt en Kelsen volgt onder meer uit het feit dat de twee mannen in het debat waar zij aan deelnamen zo duidelijk positie kozen en hun denkbeelden consequent doorvoerden. Waar iemand als Jellinek met zijn doctrine van staatssoevereiniteit de indruk wekt kool en geit te willen sparen, is er bij zowel Schmitt als Kelsen nagenoeg geen ruimte voor compromis. Bij Schmitt, een conservatief in hart en nieren, kwam dit tot uiting in een vurig pleidooi voor het primaat van de politiek boven dat van het recht, en, in het verlengde daarvan, in een scherpe afwijzing van het liberalisme; een stroming waarin onder het mom van constitutionele waarden volgens Schmitt individuele belangen vooropstonden en het algemeen belang bij het grof vuil werd gezet.¹¹⁵ De progressief ingestelde Kelsen daarentegen wierp zich op als fervent voorvechter van de rechtsstaat en parlementaire waarden. Voor de Oostenrijker hadden noties zoals volk en democratie in normatief opzicht alleen betekenis binnen de strikte kaders van het recht; iets dat er uiteindelijk toe leidde dat zij hieraan ook ondergeschikt moesten worden geacht.

In het compromisloze karakter van hun stellingnames ligt tegelijkertijd ook een opvallende overeenkomst tussen Schmitt en Kelsen besloten. Hoezeer zij hierover verder ook van mening verschilden, beide denkers huldigden het standpunt dat recht en politiek twee duidelijk van elkaar te onderscheiden begrippen vormen, die, als puntje bij paaltje komt, niet van dezelfde orde van grootte zijn. Op de vraag bij welke van beide begrippen het zwaartepunt ligt, gaven Schmitt en Kelsen een ander antwoord. Dat er binnen de lijnen van het constitutionele discours voor één van de twee een primaat is weggelegd, werd echter niet door hen betwist. Ergens is de discussie tussen Schmitt en Kelsen hiermee symptomatisch voor de manier waarop machts- en legitimatievragen vanaf het einde van de middeleeuwen van verschillende kanten tegemoet zijn getreden. In het vol-

¹¹³ Ibid., 103-105.

¹¹⁴ Zie o.a. Dan Diner en Michael Stolleis (red.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt: A Junxtaposition* (Gerlingen: Bleicher Verlag 1998); Arthur J. Jacobson en Bernhard Schlink (red.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (Berkeley: University of California Press 2002).

¹¹⁵ Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (Cambridge en Londen: MIT Press 1985), een vertaling door Ellen Kennedy van het Duitse *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* uit 1923. Zie ook Luigi Corrias, *The Passivity of Law: Competence and Constitution in The European Body Politic* (diss. Universiteit van Tilburg 2010) 55-58.

gende hoofdstuk zal een poging worden gedaan om deze twee tradities verder te ontleden en vervolgens met elkaar te verbinden. In het bijzonder zal worden geanalyseerd hoe beide denkrichtingen zich in conceptueel opzicht tot elkaar verhouden. Zijn feit en norm wel zo duidelijk van elkaar te onderscheiden, zoals Schmitt en Kelsen, ieder op hun eigen manier, beweerden? En laat het probleem van de dichotomie tussen *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué* wel toe dat één van de twee noties boven de ander wordt geplaatst?

1.7 Conclusie

Soevereiniteit is een juridisch concept dat tot ontwikkeling is gekomen als gevolg van de behoefte aan een bepaalde mate van vrijheid en daadkracht, die de statische maatschappijvorm van de middeleeuwse *Respublica Christiana* niet kon bieden. Aanvankelijk profiteerden vooral koningen van deze behoefte. De soevereiniteit die Bodin tegen het einde van de zestiende eeuw conceptueel vorm gaf, was formeel weliswaar afgeleid van God, maar werd, veel meer dan in de periode daarvoor met machtstheorieën het geval was, gelijkgeschakeld met de persoon van de vorst. Zoals later in dit boek nog uitdrukkelijker zal worden benoemd, was de soevereine vorstenstaat die in veel Europese landen vanaf dit moment opkwam, echter misschien wel vanaf het begin voorgeprogrammeerd om uiteindelijk plaats te maken voor een staat gebaseerd op volkssoevereiniteit.¹¹⁶ De reden dat God zo door Bodin op afstand kon worden gehouden, was dat, onder andere naar aanleiding van de Reformatie, een wereldbeeld doorbrak waarin de individuele, rationele mens centraal stond. In een dergelijke, moderne wereld kon de rol van de vorst als hoeder van de *res publica* vermoedelijk slechts tijdelijk van aard zijn.

Vandaag is volkssoevereiniteit veruit de meest dominante *species* van soevereiniteit. Na de Franse Revolutie, met de Amerikaanse Revolutie het vuur waarin volkssoevereiniteit werd gesmeed, werd de wenselijkheid van een soeverein volk echter gedurende een lange periode in twijfel getrokken. Beducht voor het explosieve potentieel van een juridisch onbegrensd, politiek handelend volk, staken verschillende concurrerende opvattingen over soevereiniteit de kop op, waarin het belang van de rechtsstaat en, meer in algemene zin, gematigdheid werden benadrukt. Achteraf gezien oogt het meningsverschil tussen volkssoevereiniteit en concurrenten hiervan zoals staatssoevereiniteit niet onoverbrugbaar. Als we Sieyès mogen geloven, heeft ook een soeverein volk een burgerlijke rechtsstaat nodig om te kunnen functioneren. Behalve als, in de geest van Rousseau, democratie op een enge manier wordt geïnterpreteerd als stelsel waarin

¹¹⁶ Zie in het bijzonder *infra*, § 2.6 en § 8.3.

HOOFDSTUK 1

sprake is van identiteit tussen geregeerden en regeerders, lijken beide stromingen dus relatief goed met elkaar te verzoenen.¹¹⁷

Hieronder zal doorschemeren dat het verschil tussen volkssoevereiniteit en concurrenten van deze leer die in dit hoofdstuk de revue passeerden tot op zekere hoogte inderdaad betrekkelijk artificieel is. Jellinek heeft gelijk waar hij stelt dat ‘*das Ob*’ van een rechtsorde niet binnen het keuzebereik van een soeverein valt. Wel problematisch is zijn conclusie dat dit betekent dat het politieke voorvoegsel van soevereiniteit er niet toe doet. Identiteit, het door Rousseau aangebrachte keurmerk van een rechtvaardige staat, is op het eerste gezicht onverminderd existentieel wil men kunnen verklaren waarom regels gelden. Zonder dat een volk, om met Schmitt te spreken, ‘*politisch aktionsfähig*’ is, lijkt het zo overwoekerd door het recht te raken, dat men van een primaat van het recht boven de politiek moet spreken. Zoals in dit hoofdstuk naar voren kwam, staat daar weer tegenover dat het conceptueel niet eenvoudig lijkt om identiteit te bewerkstelligen. Is een bepaalde mate van representatie namelijk niet altijd noodzakelijk?

Soevereiniteit, zo is op deze plek kortom de voorlopige uitkomst, wordt dus beheerst door een spanningsveld: enerzijds is er ogenschijnlijk de noodzaak om in een democratie te kunnen teruggrijpen op een scheppend, niet door regels gebonden soeverein subject; anderzijds is het niet erg eenvoudig om voor te stellen hoe zo’n soeverein ooit juridisch ongebonden kan zijn. Verderop in deze studie zal een poging worden gedaan om aan te tonen dat dit specifieke spanningsveld van cruciale betekenis is voor de mogelijkheden om de Europese Unie volgens een ander constitutioneel sjabloon te duiden dan waar het staatsrecht traditioneel over beschikt. In het volgende hoofdstuk wordt er eerst echter toe overgegaan om deze paradoxale situatie verder uit te diepen.

¹¹⁷ Maar zie Hoogers, *De verbeelding van het soevereine*, 302-303, die verhaalt hoe de Franse *doctrinair*en het concept van soevereiniteit van de rede juist ook ontwikkelden als reactie op het onbegrensde karakter van de soevereiniteitsconceptie van Sieyès. Zie *infra*, § 2.6.2, uitgebreider waarom concepten als soevereiniteit van de rede en volkssoevereiniteit toch veel op elkaar lijken.

Hoofdstuk 2

Tussen recht en politiek

2.1 Inleiding

De blootlegging, in het vorige hoofdstuk, van de dichotomie van recht en politiek waarmee het vraagstuk van soevereiniteit is verbonden, vond plaats tijdens het bespreken van het theoretische kader van de Franse Revolutie. Tegenover elkaar stonden Rousseau en Sieyès; beiden overtuigd van de wenselijkheid om soevereiniteit onvoorwaardelijk bij het volk c.q. de natie neer te leggen, maar een andere mening toegedaan wat betreft de vraag op welke wijze – ofwel met het accent op de soeverein als handelende actor ofwel juist met het accent op de representanten van de soeverein – soevereiniteit gestalte moest krijgen.¹ Vervolgens, na ook de initiële reacties op de Revolutie te hebben besproken, werd de suggestie geformuleerd dat het echte probleem dat met soevereiniteit wordt aangeroerd, misschien wel niet (meer) zozeer is *waar* dit dient te berusten, als wel *hoe* de relatie moet worden geconceptualiseerd tussen een subject van het recht en het recht dat wordt gevormd.

Dit hoofdstuk staat in het teken van de beantwoording van dit tweede aspect van soevereiniteit. De vertreksituatie is in beginsel onveranderd; te weten, dat enerzijds het politieke ‘feit’ van een *pouvoir constituant* nodig lijkt ter verklaring van normativiteit in een democratische orde, maar dat anderzijds deze figuur zo wezenlijk is betrokken op het recht dat kan worden afgevraagd of het wel zinvol is om de feitelijke hoedanigheid van een soeverein voorop te stellen. De blik hierbij is echter anders, minder lineair historisch ingestoken. Als leidraad is gekozen voor de denkbeelden van Hannah Arendt. Deze bekende Duits-Amerikaanse politieke denker onderzoekt de betreffende problematiek in eerste instantie niet door te differentiëren binnen een revolutionair discours, maar door een revolutionaire traditie tegenover een evolutionaire constitutionele traditie te zetten. Later worden deze twee tradities door Arendt gebruikt bij een betoog om de inzet van preconstitutionele, democratische macht beperkt te houden tot wat zij de ‘task of foundation’ noemt en niet te associëren met de absolute, voortdurend sluimerende soevereiniteit waarmee de Fransen (Rousseau en Sieyès) eind

¹ Historisch gezien, kan het concept volkssoevereiniteit niet zomaar op één lijn worden gezet met dat van natiessoevereiniteit. In deze studie wordt op dit historische onderscheid echter in beginsel geen acht geslagen. Vgl. nader *infra*, § 3.2.1.

HOOFDSTUK 2

achttiende eeuw voor de dag kwamen. In plaats van de Franse Revolutie plaatst Arendt de Amerikaanse Revolutie op een voetstuk, een omwenteling waarvan het conceptuele belang in het vorige hoofdstuk nog werd gerelativeerd.

Arendts ‘task of foundation’ is in de kern een synthese van een narratief waarin de politiek boven het recht wordt geplaatst en *vice versa*. Voor zo’n synthese is geen ruimte in het denken van de in de laatste paragraaf van het vorige hoofdstuk al opgevoerde Carl Schmitt en Hans Kelsen. Bij deze juridische denkers wordt goed duidelijk dat het debat over soevereiniteit uiteindelijk voor een belangrijk deel samenvalt met de vraag naar de essentie van de liberale democratische rechtsstaat die in de negentiende eeuw uitgroeide tot norm op het gebied van regeringsvormen. Beide mannen maken in dit verband scherpe keuzes, die ieder op hun eigen manier moeilijk te weerleggen zijn. Aan het eind van dit hoofdstuk zal echter worden geoordeeld dat de gemaakte keuzes in beide gevallen te scherp zijn en lijden onder blikvernaauwing wat betreft de vraag waar het bij liberalisme om draait. Aan de hand van Hermann Heller, een tijdgenoot van Schmitt en Kelsen, en Hans Lindahl, een eigentijdse rechtsfilosoof, wordt uiteindelijk voorgesteld om een middenpad te bewandelen; één die sympathiseert met de poging van Arendt om tot een synthese te komen, maar wel een andere aanblik geeft dan haar ‘task of foundation’. De erfenis van de seculiere, liberale wending die het denken over recht en samenleving eind zestiende eeuw heeft genomen, zo zal worden besloten, is niet alleen dat de relatie tussen recht en politiek verschijnt als paradox, maar ook alleen als zodanig kan worden begrepen. Soevereiniteit vormt een noodzakelijk concept ter fundering van constitutionele normativiteit, maar behoeft, omgekeerd, zelf ook fundering en dient daarvoor bij het recht aan te kloppen.

2.2 Revolutie en evolutie

Hannah Arendt heeft verscheidende boeken op haar naam staan die, hoewel misschien niet ten principale juridisch, voor de theoretisch ingestelde jurist niettemin erg interessant zijn. Eén van die boeken is *On Revolution*.² In dit werk plaatst Arendt het vraagstuk van recht en politiek in de sleutel van de radicale

² Hannah Arendt, *On Revolution* (New York: The Viking Press 1963). Zie voor commentatoren die deze indeling hebben overgenomen: Christoph Möllers, ‘Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalisation’, in: Von Bogdandy en Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 169-204 en Corrias, *The Passivity of Law*. Vgl. ook Sergio Dellavalle, ‘Lost in Transition? From Domestic Integration through National Constitutions to Supranational Integration through European Constitutionalism’, in: Fabian Amtenbrink en Peter A.J. van den Berg (red.), *The Constitutional Integrity of the European Union* (Den Haag: T.M.C. Asser Press) 91-97.

breuk die zich volgens haar eind achttiende eeuw in het Westerse denken voerde door de in het vorige hoofdstuk reeds besproken politieke omwentelingen in Amerika en Frankrijk. Wat deze gebeurtenissen in de ogen van Arendt zo bijzonder maakte – waarom zij revoluties heetten – was het ‘pathos of novelty’ dat zich gaandeweg in de harten en geesten van Amerikanen en Fransen nestelde; dat wil zeggen, de ‘experience of being free’ en bovenal ‘of man’s faculty to begin something new’.³ Zoiets was in de geschiedenis van de mensheid nooit eerder vertoond; in ieder geval niet sinds het einde van de Griekse en Romeinse tijd.⁴ Niet dat mensen vòòr de Amerikaanse en Franse Revoluties in het geheel geen vrijheid kenden. Integendeel, met name in het Verenigd Koninkrijk genoten mensen al geruime tijd relatief veel vrijheid en was het gebruikelijk om van een ‘limited monarchy’, een door wetten ingekaderde monarchie, te spreken. Deze vrijheid, zo onderstreept Arendt, was echter wezenlijk anders van aard dan de vrijheid die in het vuur van de Revoluties werd gesmeed. Anders dan de politieke vrijheid waar het de Amerikanen en Fransen om te doen was – Arendt spreekt in dit verband van ‘public happiness’ – was de Engelse vrijheid negatief van karakter en louter gericht op ‘private welfare’. Zij hield, in de woorden van Arendt, geen claim in op een ‘share in government’, maar slechts op een ‘safeguard against government’.⁵

Het onderscheid dat Arendt maakt tussen ‘public happiness’ en ‘private welfare’ behelst meer dan alleen een confrontatie tussen twee uiteenlopende grondrechtentradities. Volgens haar was aan het einde van de achttiende eeuw een fundamentele verschuiving in het denken aan de orde. ‘Limited government’, het sjabloon dat men in Engeland volgde (en in zekere zin nog steeds volgt), veronderstelt dat de legitimiteit van een staat of ordening kan worden bepaald aan de hand van het enkele criterium of zo’n staat of ordening een ‘go-

³ Arendt, *On Revolution*, 27.

⁴ Wel was de aard van het revolutionaire vrijheidsideaal totaal anders dan het vrijheidsideaal van de Klassieke Oudheid, benadrukt Arendt. ‘Neither equality nor freedom’, zo stelt de filosoof over het vrijheidsbegrip in de Oudheid, ‘was understood as a quality inherent in human nature, they were both not (...) given by nature and growing out by themselves; they were (...) conventional and artificial, the products of human effort and qualities of the man-made world.’ Ibid., 23-24.

⁵ Ibid., 141-142. Dat vrijheid tot aan de Amerikaanse en Franse Revoluties nog primair negatief wordt opgevat, wordt mooi geïllustreerd door de manier waarop de burgerij zich in Europese landen lange tijd verzette tegen de opsplitsing van rechtbanken in gewone civiele rechtbanken en administratieve rechtbanken. Publiekrecht werd in die tijd nog niet vereenzelvigd met het publieke, algemene belang van een naar vrijheid dorstend volk, zoals in de Revoluties gebeurde, maar met koninklijk absolutisme. Zolang rechtsbescherming voorbehouden bleef aan gewone civiele rechters, redeneerde de burgerij, was daarom ook de vrijheid van de mensen gewaarborgd. Zie Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, 2-3 (‘The unity of the law was the palladium of freedom and equality, whereas the emergence of public law beside and above private law was an expression of absolutism and the inaccessibility of the *raison d’état* invoked by the prince who was *legibus solutus*, ‘not bound by the laws.’)

HOOFDSTUK 2

vernment of laws' – een rechtsstaat – is. Waarvoor het sjabloon geen belangstelling toont, of althans waar het neutraal in is, is het specifieke karakter van de macht die hierin wordt uitgeoefend; dat wil zeggen de vraag wat de regeringsvorm is.⁶ In essentie volgt de zienswijze hiermee het tripartiete stamien dat in de vierde eeuw voor Christus door de Griekse wijsgeer Aristoteles werd uitgedacht. Monarchie, de Britse regeringsvorm, stond binnen dit model in beginsel op gelijke voet met het fenomeen democratie, waar de Atheners in de Oudheid gedurende ongeveer anderhalve eeuw furore mee maakten.⁷ De legitimiteit van een bepaalde regeringsvorm verviel pas bij Aristoteles, wanneer hierin de wet buiten spel werd gezet. Dan verwerd een monarchie of democratie tot tirannie.⁸

Hoewel de oude Grieken een grote inspiratiebron vormden voor de Amerikaanse en Franse revolutionaire voormannen, zetten zij, is de overtuigende lezing van Arendt, met de injectie in het politieke denken van hun visie van 'public happiness' in essentie een streep door dit Aristotelische wereldbeeld. Belissend was niet langer meer (alleen) of een staat door wetten geregeerd werd, maar welke regeringsvorm hij had. Waar de monarchie, zolang zij op een constitutionele manier was ingesnoerd, voorheen nog als legitiem kon worden beschouwd, werd zij nu, los hiervan, automatisch als tiranniek te boek gesteld.⁹ Met alleen rechtsstatelijkheid namen de revolutionairen niet langer genoegen. Wilde een staat legitiem zijn, dan moest deze transformeren tot democratie. De *res publica* in handen laten van een vorst, was een optie die niet meer werd geaccepteerd. *Res publica*, zo werd het nieuwe credo, kon alleen maar als zodanig worden beschouwd als de notie terug te voeren was tot het publieke belang van een handelingsbekwaam volk.¹⁰

Zoals eerder al naar voren kwam, werd het door de Revoluties opgelegde pad van democratie niet aanstonds door iedereen gevolgd. In Groot-Brittannië is de funderingsvraag nooit meer expliciet op tafel komen te liggen, nadat er eind zeventiende eeuw voor gekozen werd verschillende politieke denkrichtingen met elkaar te verzoenen; met behulp van het reeds genoemde onderscheid tussen 'legal' en 'political sovereignty' werd de vraag naar de grondslag van het recht

⁶ Zie ook Schmitt, *Verfassungslehre*, 200-201: 'Die Prinzipien der bürgerlichen Freiheit können sich (...) mit jeder Staatsform verbinden, sofern nur die rechtsstaatlichen Schranken der staatlichen Macht anerkannt sind und der Staat nicht "absolut" ist.'

⁷ In Boek II van zijn belangrijke werk *Politika* onderscheidt Aristoteles behalve de monarchie en democratische regeringsvorm als derde regeringsvorm ook nog de oligarchie of aristocratie. Vgl. beeldend, vooral over de opkomst en ondergang van de Atheense democratie: Robin Lane Fox, *The Classical World: An Epic History of Greece and Rome* (Londen: Penguin Books 2006).

⁸ Arendt, *On Revolution*, 126.

⁹ Ibid.

¹⁰ Monarchieën werkten ook met noties zoals *res publica* en publiekrecht. Alleen was het daar de vorst die invulling gaf aan het publieke belang. Zie *supra*, vn. 5. De notie 'democratie' kwam, in herontdekte vorm, als gezegd pas relatief laat op het toneel, tenminste als positief republikeins verschijnsel. Zie Arendt, *On Revolution*, 117.

naar de achtergrond gedrongen.¹¹ En ook in de Duitse landen, die veel meer dan Groot-Brittannië door de revolutionaire gebeurtenissen op hun kop werden gezet, bleef het thema democratie, afgezien van korte opleving in 1848, aanvankelijk grotendeels onaangeroerd.¹² In plaats van *revolutionair*, zou men kunnen zeggen, was het pad dat in deze landen gevolgd werd eerder *evolutionair* van aard. De focus van politici en juristen was niet hoe ze een *nieuwe* politieke orde konden oprichten, maar hoe ze een al *bestaande*, door recht en gewoonte geslepen politieke orde bij de tijd konden houden en hierin door middel van juridische vormen machtsmisbruik konden uitbannen.¹³

Ter illustratie van de afwijkende karakters van de revolutionaire en evolutionaire tradities wordt wel gewezen op de manier waarop door deze tradities aangekeken wordt tegen datgene waar recht en politiek bij uitstek samenvloeien: het fenomeen constitutie. In de Amerikaanse en Franse revolutionaire doctrine is de constitutie een stichtingsakte van een zich soeverein achtend volk.¹⁴ Als ultieme wilsuiting van dit volk is zij inherent democratisch van aard en zijn alle bevoegdheden die worden uitgeoefend in de rechtsorde waarmee zij is verbonden in beginsel van haar afgeleid. Verder fungeert het fenomeen constitutie binnen de revolutionaire traditie heel nadrukkelijk als hoogste norm; zij representeert als het ware de revolutie in versteende toestand en is als zodanig in normatieve zin richtinggevend voor zowel het politieke proces als voor een meer specifiek juridisch vraagstuk zoals dat van grondrechten.¹⁵ Dit expliciet norma-

¹¹ *Supra*, § 1.5. Dit wil overigens niet zeggen dat de Amerikaanse en Franse Revoluties Groot-Brittannië geheel onberoerd lieten. Zie e.g. Richard Cobbs, *Reactions to the French Revolution* (London: Oxford University Press 1972).

¹² Pas na de Eerste Wereldoorlog, met de Republiek van Weimar, werd Duitsland een democratische staat.

¹³ Möllers, 'Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalisation', 174-178. In het Duitse geval ging het om een *gerestaureerde* politieke orde.

¹⁴ Binnen de Verenigde Staten is het overigens contentieus of de grondwet wel de stichtingsakte is van een Amerikaanse *volk*: het waren namelijk de 'People of the *several states*' die constituerend optraden. In het derde deel van dit boek wordt uitvoeriger ingegaan op deze richtingenstrijd, die ook zeer instructief is voor een goed begrip van het Europese constitutionele proces. Vgl. verder Michiel Duchateau, *Het Europees Parlement als transnationale volksvertegenwoordiging: Over volkssoevereiniteit, (con)federalisme en Europese volksvertegenwoordiging*, diss. Rijksuniversiteit Groningen (Kluwer: Deventer 2014).

¹⁵ *Ibid.* Zie ook Dieter Grimm, 'Ursprung und Wandel der Verfassung', in: Isensee en Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, 48-50; Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 185-187; L.F.M Besselink, 'The Notion and Nature of the European constitution after the Reform Treaty', 18 januari 2008, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1086189. Overigens wil het feit dat de constitutie binnen de revolutionaire traditie als een vast punt aan het firmament staat niet zeggen dat haar inhoud in absolute zin in steen is gehouwen. De betekenis van constitutionele bepalingen kan in de loop der jaren veranderen, en moet ook meebewegen wil de constitutie haar gezag niet verliezen. Zij is, zoals de legendarische Supreme Court Justice Holmes ooit zei een 'organism' (*Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920)). Tegelijkertijd bestaat er in de VS ook een invloedrijke school, de zogenaamde 'originalists', die, op basis van een bepaalde opvatting van democratie, meent

HOOFDSTUK 2

tieve karakter ontbreekt in landen die een evolutionaire opvatting van het begrip constitutie huldigen. Hier is constitutie niet zozeer een normatief concept, als wel een empirisch verschijnsel, dat de totale toestand van een maatschappij weergeeft. Om deze reden is de notie in landen met een evolutionaire traditie geen gefixeerd gegeven, zoals in revolutionair gestructureerde landen, maar een continu proces.¹⁶ Dit verklaart ook waarom het mogelijk is dat een land als Groot-Brittannië het zonder een grondwet, een geschreven constitutie, af kan. De Britse constitutie is geen sluitende tekst, die als een Noordster het politieke bedrijf binnen bepaalde vaste banen houdt, maar een stelsel van wetten, beginse-len en conventies dat min of meer samenvalt met dit bedrijf.¹⁷

Duiding van de relatie tussen recht en politiek aan de hand van een narratief dat revolutie en evolutie als uitgangspunten neemt, maakt historisch en ook intellectueel verklaarbaar hoe constitutionele culturen van elkaar kunnen verschillen. Tegelijkertijd kan de vraag worden gesteld wat nog de concrete relevantie is van het maken van een dergelijk onderscheid. Zowel Frankrijk als het Verenigd Koninkrijk valt te bestempelen als een liberale democratische rechtsstaat. Weliswaar zijn er reële constitutionele verschillen tussen beide landen die terug te voeren zijn op genoemd verschil in benadering – de al aangestipte vorm van de constitutie, de regeringsvorm en de mogelijkheid van rechtsvorming door rechters – ten gronde lijken deze verschillen weinig impact te hebben op de mate of zelfs inhoud van politieke vrijheid die er genoten wordt.¹⁸ Voor zover er wezenlijke kenmerken vastkleven aan een revolutionaire en evolutionaire zienswijze op de relatie tussen recht en politiek, zijn deze in de meeste landen in de loop der jaren samengesmolten.¹⁹ Dit gebeurde al vroeg na het doven van het (eerste) revolutionaire vuur. Neem Nederland. In sommige opzichten was het grondwettelijke regime dat hier te lande in de periode 1814/1815 tot stand kwam heel

dat de constitutie precies zo moet worden uitgelegd als rond de stichting gebeurde. Zie de, eveneens legendarische Justice Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal courts and the law* (Princeton: Princeton University Press 1998).

¹⁶ De Duitsers gebruiken in dit verband het fraaie woord *Verfassungswandel*.

¹⁷ Zo stelde de bekende Britse staatsman Bolingbroke in 1733: 'By constitution, we mean, whenever we speak of with propriety and exactness, that assemblage of laws, institutions and customs, derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of the common good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed.'

¹⁸ Zo is de mogelijkheid van een referendum, traditioneel een constitutioneel wapen uit het revolutionaire arsenaal, inmiddels ook een optie binnen het evolutionaire, bij uitstek representatieve democratische stelsel van het Verenigd Koninkrijk. Zie in dit verband de *European Union Act* 2011.

¹⁹ Vgl. Möllers, 'Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalisation', 179-180; Loughlin, *Sword and Scales*, 189-192. Zie in algemene zin over de verwevenheid tussen democratie en rechtsstaat: Heinrich Amadeus Wolff, 'Das Verhältnis von Rechtsstaatprinzip und Demokratieprinzip', in: Dietrich Murswiek & Helmut Quaritsch, *Staat – Souveränität – Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag* (Berlijn: Duncker & Humblot 2000) 87-92.

nadrukkelijk een poging om verder te bouwen op de fundamenteën van de oude Republiek en zelfs op die van het Bourgondische stelsel.²⁰ Aan de andere kant vormde dit regime ook onmiskenbaar een radicale breuk met de prerevolutionaire geschiedenis, en kon en wilde men niet de veranderingen negeren die de laat-achttiende-eeuwse gebeurtenissen aan de wereld hadden opgedrongen.

De makke van een onderscheid tussen een revolutionaire en evolutionaire traditie is dat het op het eerste gezicht verwijst naar polen waar aan het begin van de 21^e eeuw nog maar weinig spanning op staat. Tegenpunt van het revolutionaire ideaal van 'public happiness' in de beschouwing van Arendt is in eerste instantie de monarchie. Hoewel ongetwijfeld wezenlijk voor de identiteit van een land, heeft dit constitutionele element echter niet meer dezelfde politieke lading als die het twee eeuwen geleden had. Waarop een staatsrechtjurist bij een classificatie van regeringsvormen tegenwoordig let, is niet of een staat een republiek of monarchie is, maar of deze een parlementair dan wel een presidentieel stelsel bezit.²¹

Dit gezegd hebbende, zou het van een te beperkte blik getuigen om de indeling om deze reden af te serveren. De grote verdienste van Arendts anatomie van het fenomeen revolutie is geweest dat hiermee werd geproblematiseerd wat het in existentiële zin betekent en vereist om vrij te zijn. Ook in een tijd dat Westerse staten in materiële zin allemaal een republikeinse geest hebben, is zo'n problematisering nog steeds actueel. In paragraaf 2.5 zal worden besproken dat Arendt zo haar eigen ideeën heeft over de noodzaak, in dit verband, om terug te grijpen op een absoluut, validerend principe als soevereiniteit. Wat ook precies van deze ideeën zij, zij illustreren in ieder geval fraai dat over de aard van het fenomeen democratie in een liberale staatsordening grote onduidelijkheid kan bestaan. Is dit een verschijnsel dat alleen normatieve betekenis heeft *binnen* de grenzen van het recht en vooral betrokken is op het individu? Of wordt hier iets wezenlijkers mee bedoeld, te weten het principe dat articuleert dat een volk zichzelf een rechtsorde geeft en daarover blijvend kan beslissen? Geldt recht in een liberale democratie, met andere woorden, omdat het gezonde verstand voorschrijft dat er normen moeten zijn om democratische vrijheid in goede banen te leiden (*ratio*), of omdat hier een soevereine beslissing van een volk aan vooraf gaat (*voluntas*)?²²

²⁰ Zie hieronder, § 3.4.1.

²¹ Vgl. de nog altijd zeer bruikbare analyse van L.T.A. Rutges, 'Regeringsvormen', in: Holterman e.a., *Algemene begrippen staatsrecht*, 129-153.

²² Loughlin, *Sword and Scales*, 220-225.

HOOFDSTUK 2

2.3 Eerste antwoord: ‘Die Freiheit konstituiert nichts’

2.3.1 Noodzaak van politieke vorm

Carl Schmitt was helder in zijn oordeel over de aard van democratie in staten die het liberalisme omarmden. Deze staten waren zozeer doordeesemd van rationalisme, dat zij volgens de definitie die hij aan dit begrip gaf, geen echte democratieën waren.²³ Een echte democratie, aldus Schmitt, was gebaseerd op het principe van volksssoevereiniteit. Zoals eerder al naar voren kwam, betekende dat volgens de Duitse staatsrechtgeleerde dat er sprake moest zijn van identiteit tussen regeerders en geregeerden.²⁴ In een democratie diende een volk naar de mening van Schmitt ook echt zelf de touwtjes in handen te hebben. En in liberale staten was dit volgens hem niet het geval. Grote boosdoeners voor Schmitt waren parlementen. Deze waren in de negentiende eeuw ooit opgericht als bolwerk tegen de monarchie en hadden, stelt Schmitt, destijds als primaire functie om de gegoede burgerij hierin een stem te geven. Dit gebeurde, zo betoogt hij verder, onder aanheffing van het Frans-revolutionaire geloofsartikel dat het parlement de aangewezen plek vormt om het volk te vertegenwoordigen.²⁵ Denk hierbij aan Sieyès, die de wil van het volk naar boven liet komen in de open sfeer van het parlementaire debat.²⁶ In de periode dat vorsten in Europa nog reële politieke macht bezaten, zo beaamt Schmitt, was deze veronderstelling zo gek nog niet. Naast de monarchie waren parlementen bakens van democratie. Verder deelden liberalen van het eerste uur een gezamenlijk doel: beteugeling van de monarchie.²⁷ Toen de vorst als factor van betekenis wegviel en parlementen het feitelijk alleen voor het zeggen kregen, veranderde dit echter. Geconfronteerd met de uitdaging het volk daadwerkelijk op de voorgrond te plaatsen, liet het parlementarisme volgens Schmitt zijn ware aard zien. Namelijk dat het in wezen aristocratisch is en niet zozeer het algemeen belang, als wel de individuele, private belangen van een bevoorrechte klasse op het oog heeft.²⁸

²³ Dit overigens zeer tegen de zin van de voormannen van de Restauratie. Schmitt wijst erop dat artikel 13 van de in Wenen gesloten Duitse Bondsakte, het constitutionele document van de statenbond die in 1815 het levenslicht zag, expliciet repte van ‘ständische Verfassung’ en niet van ‘Repräsentativverfassung’. Dit omdat de laatste term de indruk zou kunnen wekken dat naast de vorsten ook de verschillende parlementen konden beweren het volk te vertegenwoordigen; zoals onder andere was voorzien in de Franse constitutie van 1791. Schmitt, *Verfassungslehre*, 211.

²⁴ Ibid., 223.

²⁵ Carl Schmitt, ‘The Liberal Rule of Law’, in: Jacobson en Schlink, *Weimar*, 297.

²⁶ *Supra*, § 1.4.

²⁷ Wat betreft de relatieve eensgezindheid die liberalen begin negentiende eeuw aan de dag legden, hielp het uiteraard dat vergaande restricties van het kiesrecht ervoor zorgden dat zij veelal uit hetzelfde, bevoorrechte milieu afkomstig waren.

²⁸ Schmitt, *Verfassungslehre*, 217. (‘Nur relativ, nämlich durch den Gegensatz zur absoluten Monarchie, konnte [das Parlament, JWvR] als etwas Demokratisches erscheinen.’) Vgl. ook

Schmitt uitte zijn kritiek op het liberalisme in de twintiger jaren van de vorige eeuw, als gezegd tegen de achtergrond van de Weimar Republiek. De tijd dat een select groepje notabele heren het voor het zeggen had, was toen al voorbij. Dit bracht Schmitt er echter niet toe zijn bezwaren tegen het liberalisme af te vlakken. Sterker nog, deze bezwaren waren alleen maar groter geworden. Waar parlementariërs in het vroeg liberale tijdperk in ieder geval nog de schijn konden ophouden het volk te representeren, waren zij naar de mening van Schmitt aan het begin van de twintigste eeuw verworden tot stromannen en vertegenwoordigers van partij- en belangenorganisaties.²⁹ Van echte representatie was geen sprake meer. Wat restte volgens Schmitt was een systeem waarin pluralisme hoogtij vierde en mensen hun eigen belangen najaagden. De oorspronkelijke opdracht die parlementen hadden meegekregen – ‘Repräsentation der politischen Einheit des Volkes als Ganzes’³⁰ – was uit beeld verdwenen.³¹ Democratie

hier *Federalist* nr 10 waar het fenomeen ‘aristocratie’ – van het Griekse *aristoi*, dat besten betekent – door Madison heel nadrukkelijk van een positieve connotatie wordt voorzien en ‘democratie’ min of meer wordt gelijkgesteld met ‘mob rule’.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid., 212.

³¹ Ten aanzien van de Weimar Republiek was Schmitt aanvankelijk overigens hoopvol dat de in zijn ogen destructieve werking die van het parlementarisme uitging niet funest hoefde te zijn voor het constitutionele leven in Duitsland. Wanneer Schmitt over parlementarisme sprak, had hij vooral het Engelse constitutionele systeem en de Derde Franse Republiek (1870-1940) voor ogen. De Republiek van Weimar kende naast de Rijksdag ook de figuur van Rijkspresident. De Duitse Grondwet schreef voor dat deze rechtstreeks door het volk gekozen werd. Mede vanwege de bevoegdheden die door de constitutie aan de Rijkspresident waren toebedeeld, kon daarom worden volgehouden dat in het grondwettelijke systeem een democratische veiligheidsklep was ingebouwd. Dat de Republiek van Weimar uiteindelijk ten gronde ging, zo heeft Schmitt na de Tweede Wereldoorlog verkondigd, had onder meer te maken met het feit dat dit aspect van het Duitse constitutionele stelsel te lang onderbelicht bleef. Zie Carl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre* (Berlijn: Duncker & Humblot 1985) 345. Zie voor een beknopte maar nuttige beschouwing van Schmitts denkbeelden over de Republiek van Weimar ook de inleiding van Ellen Kennedy bij haar vertaling van diens *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* in *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Door zo zwaar in te zetten op het presidentiële karakter van de Weimar Grondwet, is Schmitt wel het verwijt gemaakt dat hij in feite aanstuurde op de vestiging van een autoritair systeem. En aangezien politieke vrijheden in zo’n systeem makkelijk opzij kunnen worden gezet, kun je je afvragen wat democratie dan nog betekent. Zie e.g. David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford: Oxford University Press 1999) 70-85. Zolang een president of leider dicht in de buurt blijft bij het volk dat hij representeert en aantoonbaar over diens vertrouwen beschikt, is er volgens Schmitt echter weinig aan de hand. Onder dergelijke omstandigheden is naar zijn mening zelfs een dictatuur geoorloofd. Zie *Verfassungslehre*, 236-236; en ook reeds Schmitt, *Die Diktatur*. Problematisch aan deze stelling, die Schmitt ruim voor de machtsovername door de Nazi’s in 1933 op tafel legde, is dat zij inmiddels moeilijk los is te zien van de verschrikkingen die later uit naam van dit regime werden gepleegd. Temeer omdat Schmitt daar met enkele pennenvruchten van, zacht uitgedrukt, zeer dubieus karakter in staatsrechtelijk opzicht in de begindagen van het Derde

HOOFDSTUK 2

vormde in dit systeem volgens Schmitt niet meer dan een methode met betrekking tot de manier waarop het wetgevingsproces georganiseerd is.³² Een doekje voor het bloeden in zijn ogen, want dit wetgevingsproces bevorderde via het adagium ‘gelijkheid voor de wet’ het ideaal van de rechtsstaat, en liet na om identiteit tussen volk en regering te bewerkstelligen. In deze vorm had het democratiebeginsel daarom dezelfde functie als beginselen zoals dat van grondrechten en dat van machtscheiding: bescherming van de vrijheid van het individu.

De kritiek van Schmitt op deze voorstelling van zaken beperkt zich niet tot het verwijt dat de rechtsstaatgedachte is gericht op het veiligstellen van de private belangen van een economische elite. Zijn analyse is ook dat het liberalisme zich hier vergaloppeert. De rechtsstaat, zo luidt het commentaar van Schmitt, is een *apolitiek* construct.³³ Liberalen stellen zich tevreden met het gegeven dat een staat door constitutionele mechanismen in toom wordt gehouden. In datgene wat de staat beweegt – wat zijn ‘politische Form’ is – zijn zij echter niet geïnteresseerd. Aandacht hiervoor zou het geloof in de vanzelfsprekende werking van het recht aan het wankelen kunnen brengen. En als dat zou gebeuren, zou de weg open komen te liggen voor willekeur en de bescherming van individuele vrijheid niet meer gegarandeerd zijn.³⁴ Alleen: kan de rechtsstaat wel buiten een politiek vormprincipe? ‘Die Freiheit’, zo haalt Schmitt instemmend de negentiende-eeuwse Italiaanse patriot Giuseppe Mazzini aan, ‘konstitueert niets’.³⁵ ‘Die Prinzipien der bürgerlichen Freiheit können wohl einen Staat modifizieren und temperieren, aber nicht aus sich heraus eine politische Form begründen.’³⁶ Wie alleen maar oog heeft voor het ideaal van rechtsstatelijkheid, verklaart in wezen het recht zelf soeverein. En dat is, zoals eerder al ter sprake is gekomen, volgens Schmitt conceptueel niet verdedigbaar. Recht kan zichzelf normatief niet verklaren. Het heeft daar een politieke beslissing voor nodig.

De sleutel tot Schmitts claim dat recht niet zonder politieke vorm kan, vormt zijn begrip van het fenomeen staat. Dit definieert Schmitt als ‘ein bestimmter

Rijk actief een steentje aan bijdroeg. (Zie o.a. Schmitt, *Die Verfassung der Freiheit* en Schmitt, ‘Die Deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist’, 41 *Deutsche Juristen-Zeitung* (1936).

³² Schmitt, ‘The Liberal Rule of Law’, 296.

³³ Ibid.

³⁴ Vgl. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, 58-70.

³⁵ Schmitt, *Verfassungslehre*, 200.

³⁶ Ibid. Wat betreft dit laatste punt vertoont Schmitts analyse een duidelijke overeenkomst met het eerder behandelde werk van Hannah Arendt. Ook zij voerde namelijk aan dat het principe van ‘limited government’ niet per se hand in hand hoeft te gaan met democratie als staatsvorm, maar zich ook prima kan verbinden met andere staatsvormen zoals monarchie en aristocratie. Schmitts centrale these dat vrijheid niets tot stand brengt, neemt Arendt echter niet over. Integendeel, zoals hieronder zal blijken staat zij in deze kwestie diametraal tegenover Schmitt.

Status eines Volkes, und zwar der Status politischer Einheit'.³⁷ Een staat is, met andere woorden, volgens de Duitse staatsrechtjurist geen product van het recht, maar laat zich begrijpen als de toestand waarin een volk zich bevindt; om precies te zijn de toestand van politieke eenheid. Vooral dit laatste punt – dat Schmitt van mening is dat een volk reeds in een voorrechtelijke toestand als politieke *eenheid* kan worden gezien – is cruciaal voor een goed begrip van zijn opvattingen over de verhouding tussen recht en politiek. Zonder deze aanname zou namelijk de bodem vandaan vallen onder zijn centrale stelling dat recht voor politiek dient te buigen. Politiek draait bij Schmitt om beslissen: beslissen over de inhoud van de rechtsorde; beslissen over een uitzonderingstoestand die zich ten aanzien van de rechtsorde kan voordoen; beslissen, ook, over wie wel en wie niet tot de samenleving behoort.³⁸ Het nemen van zo'n beslissing is echter onmogelijk als een subject – een soeverein – ontbreekt dat kan handelen. En om te kunnen handelen – om soeverein te kunnen zijn – moet een subject een eenheid vormen. In het geval van een democratie betekent dit: er moet een 'wij' zijn die kan spreken; een losse verzameling van 'ikken' kan niet tot besluiten komen.

Met het uitgangspunt dat een volk op de één of andere manier een eenheid moet zijn om buiten de rechtsorde te kunnen handelen, waagt Schmitt zich niet op onbekend terrein. Rousseau en Sieyès gingen hem op dit punt bijvoorbeeld voor. Conceptueel gezien, is zo'n gedachte-experiment echter niet zonder problemen. Neem de figuur van het maatschappelijk verdrag waar uiteenlopende denkers in de zeventiende en achttiende eeuw zich van bedienden. Hoewel de precieze vorm en inhoud van deze verdragen per auteur verschillend is, hebben zij in de kern veelal hetzelfde doel: de oprichting van een politieke gemeenschap, welke op haar beurt weer als grondslag kan dienen voor het in het leven roepen van een constitutionele ordening.³⁹ Ogenscheinlijk levert het realiseren van deze doelstelling weinig problemen op. Een groep mensen komt bij elkaar, wordt het eens over de inhoud van een verdrag en men is klaar. Bij nader inzien liggen de zaken toch minder eenvoudig. Hoe weet je namelijk wie de contractanten van een verdrag zijn, waar de grenzen tussen de ene gemeenschap en de andere gemeenschap getrokken moeten worden en wat de inhoud van een verdrag is? In beginsel wordt dit pas duidelijk *nadat* het maatschappelijk verdrag op tafel ligt. Voor die tijd is een politieke gemeenschap immers nog een vormeloze massa van individuen, die onmogelijk in een wij-vorm kan handelen. Maar dit suggereert dat het een juridische constructie, en niet een politieke wil is die bepaalt hoe een gemeenschap eruit komt te zien. Kan een natie of volk dus ooit wel *ex nihilo*, dat wil zeggen vanuit een toestand waarin geen recht is, voor zichzelf een rechtsorde in het leven kan roepen?

³⁷ Ibid., 205.

³⁸ Zie in dit verband vooral Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (Amsterdam: Uitgeverij Boom 2001), een vertaling door George Kwaad en Bert Kerkhof van het Duitse *Der Begriff des Politischen* uit 1927.

³⁹ Vgl. Arendt, *On Revolution*, 169-170.

HOOFDSTUK 2

2.3.2 Identiteit en representatie

Schmitt laat de fictieve figuur van het maatschappelijk verdrag min of meer links liggen.⁴⁰ In plaats daarvan zoekt hij ter ondersteuning van zijn stelling dat een volk in politieke zin een eenheid is, zijn heil in een meer historische benadering. De voor deze eenheid noodzakelijke grenzen zijn volgens hem getrokken in de overgangstijd tussen late Middeleeuwen en Renaissance – de tijd derhalve dat het leerstuk van soevereiniteit opgang maakte en de contouren van de moderne staat zichtbaar werden.⁴¹ Conform Bodins stelregel dat *'la puissance de donner loy à tous en general, et à chacun en particulier'* de essentie van soevereiniteit vormt,⁴² beginnen staten zich in deze periode van elkaar te onderscheiden, doordat zij ieder voor zich in het bezit zijn van het monopolie om beslissingen te nemen ten aanzien van de maatschappij waar zij mee corresponderen. Dit beslismonopolie lag aanvankelijk veelal in handen van de vorst, die zich, zoals eerder in dit hoofdstuk is behandeld, om die reden soeverein mocht noemen. Deze soevereiniteit, zo benadrukt Schmitt, kwam de vorst echter niet op geheel eigen titel toe. Zij stond in dienst van het volk. Hoe absoluut zijn macht verder ook mocht zijn, uiteindelijk was hij 'slechts' representant van de politieke eenheid van de natie.⁴³ Op dit punt doen de opvattingen van Schmitt sterk denken aan de politieke filosofie van Thomas Hobbes. Ook Hobbes beklemtoonde namelijk dat de absolute heerschappij van een vorst enkel en alleen met behulp van het medium representatie valt uit te leggen. Beide denkers lijken evenwel van mening te verschillen over de vraag hoe fundamenteel deze representatiehandeling is. Bij Hobbes vormt een volk zonder representatie slechts een 'multitude'.⁴⁴ Schmitt daarentegen suggereert dat het principe van representatie 'niemals rein und absolut' kan worden doorgevoerd en dat een volk ook in een situatie waarin het nog een enigszins amorfe massa vormt 'immer irgendwie' als collectieve grootheid voorhanden en aanwezig is.⁴⁵ Representatie, aldus Schmitt, heeft als subject namelijk altijd een 'Sein'; een staat die niet ook op enigerlei wijze wordt gestructureerd door het beginsel van identiteit, is om die reden ondenkbaar.⁴⁶

Maakt Schmitt door terug te grijpen op het verleden aannemelijk dat politieke eenheid kan bestaan zonder een toevlucht te zoeken tot het recht? In ieder geval ziet hij scherp dat al te veel vertrouwen in het principe van representatie

⁴⁰ Zie Schmitt, *Verfassungslehre*, 61.

⁴¹ Ibid., 48-51.

⁴² Bodin, *Les Six Livres de la République*, Boek I, 303.

⁴³ Schmitt, *Verfassungslehre*, 205; 214.

⁴⁴ *Supra*, § 1.4.

⁴⁵ Schmitt, *Verfassungslehre*, 208.

⁴⁶ Ibid., 208-210. Even verderop, op p. 215, suggereert Schmitt echter toch dat een dergelijke staat mogelijk is. Hij waarschuwt hier voor 'ein Staat ohne Volk, eine res populi ohne populus'.

funest is voor handhaving van een primaat van de politiek boven het recht. In feite stuit je op die manier namelijk op hetzelfde probleem als hierboven werd gesignaleerd ten aanzien van het sluiten van een maatschappelijk verdrag. Wie enkel en alleen inzet op representatie, buigt uiteindelijk voor het inzicht dat een macht zichzelf niet kan constitueren, maar, om voor constituerende macht door te gaan, altijd eerst zelf geconstitueerd moet worden. Als een volk uitsluitend één kan worden gemaakt door een instituut dat zelf een juridische grondslag nodig heeft om te kunnen bestaan, is een andere conclusie althans moeilijk denkbaar. Wordt dit oordeel overgenomen, dan kan men zich afvragen wat nog de toegevoegde waarde van soevereiniteit is. Soevereiniteit, zo luidt het klassieke recept, staat gelijk aan rechtens onbeperkte en absolute macht. In het scenario dat een norm nodig is om politieke eenheid tot stand te brengen, lijkt macht echter per definitie beperkt te zijn.⁴⁷

Schmitt probeert zich als gezegd uit deze situatie te redden door het principe van representatie altijd te laten vergezellen door dat van identiteit. Wat gerepresenteerd wordt, is bij hem ook al in rudimentaire vorm concreet in politieke zin voorhanden. Daar komt bij dat de Duitse staatsrechtjurist datgene wat gerepresenteerd wordt, de politieke eenheid van een volk, zorgvuldig loskoppelt van het leerstuk van soevereiniteit. De soevereiniteit behoort toe aan degene die beslist over de rechtsorde; een monarch, een geprivilegieerde klasse of gewoon het volk zelf. Anders dan bijvoorbeeld bij Sieyès, leidt representatie bij Schmitt dus niet automatisch tot een sprong *in* de rechtsorde. Staat ('ein bestimmter Status eines Volkes') en recht blijven van elkaar gescheiden, waardoor het bezwaar dat het primaat van de politiek wordt geconditioneerd door een norm niet meteen doel treft. Desalniettemin is het de vraag of Schmitt er zo in slaagt de problemen waar een creatie *ex nihilo* de jurist voor stelt werkelijk achter zich te laten. Ook Schmitt kan er uiteindelijk niet omheen dat de politieke eenheid van een volk 'nicht von Natur vorhanden ist, sondern auf einer menschlichen Entscheidung beruht'.⁴⁸

De crux is hier hoe je de zinsnede 'menschlichen Entscheidung' kwalificeert. Schmitt, zo moge duidelijk zijn, doelt in dit verband op een soevereine beslissing die aan het recht voorafgaat. Het meest pregnant is deze beslissing in een democratie. Dan namelijk, tenminste volgens de definitie die Schmitt democratie meegeeft, is het een volk zelf dat 'kraft eigenen politischen Bewußtseins' een existentieel oordeel velt over de grenzen van de staat.⁴⁹ De vraag die bij zo'n grensbepaling centraal staat, zo luidt Schmitts befaamde en ook beruchte these, is wie 'vriend' en wie 'vijand' is – dat wil zeggen wie wel en wie niet tot de gemeenschap behoort.⁵⁰ Het antwoord hierop, aldus Schmitt, wordt ingege-

⁴⁷ Vgl. Emiliós Christodoulidis, 'Against Substitution: The Constitutional Thinking of Dissensus', in: Loughlin en Walker, *The Paradox of Constitutionalism*, 191.

⁴⁸ Schmitt, *Verfassungslehre*, 207.

⁴⁹ *Ibid.*, 214.

⁵⁰ Schmitt, *Het begrip politiek*, 62-64.

HOOFDSTUK 2

ven door bepaalde eigenschappen die mensen met elkaar delen, bijvoorbeeld in fysiek opzicht, op het gebied van cultuur of in de vorm van taal.⁵¹ Wat mensen in staat stelt om als politieke eenheid op te treden, zelf de *conditio sine qua non* voor de uitoefening van soevereine beslissingsmacht, is, met andere woorden, dus dat er een bepaalde mate van homogeniteit aanwezig is.⁵²

Hoewel het principe de grondslag van iedere waarlijke democratie vormt, is homogeniteit bij Schmitt overigens geen onveranderlijk gegeven, dat enkel van belang is voor de stichting van een staat. Integendeel, de vraag wie ‘vriend’ en wie ‘vijand’ is, kan theoretisch gezien op ieder willekeurig ogenblik opduiken. Namelijk op het moment dat zich een uitzonderingstoestand voordoet en het constitutionele recht wordt opgeschort. Dan is een soevereine beslissing nodig en daarbij staat de homogeniteit van een volk op het spel.⁵³ Dit wat filosofische punt dient ter illustratie van wat de kern van Schmitts denken genoemd kan worden: politiek – lees: beslissen – is onderscheid maken. Praten over democratie heeft alleen zin als wordt erkend dat het hier om een contingent begrip gaat, dat betrekking heeft op een *bepaald* collectief van mensen, bij de gratie van de uitsluiting van andere mensen.⁵⁴ Anders dan het liberalisme beweert, zijn mensen volgens Schmitt dan ook niet fundamenteel, dat wil zeggen op een universele manier, gelijk aan elkaar. De liberale stelling dat alle mensen ter wereld van nature gelijk zijn, hoort in zijn ogen thuis in de sfeer van grondrechten en dient daarmee het apolitieke belang van het individu. Democratisch is het gelijkheids-

⁵¹ Schmitt, *Verfassungslehre*, 227.

⁵² Vgl. Utz Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt* (Tübingen: Mohr Siebeck 2004) 110-111.

⁵³ Vgl., kritisch, Corrias, *The Passivity of Law*, 54-55.

⁵⁴ In retrospect is het gemakkelijk om het door Schmitt gemaakte onderscheid tussen ‘vriend’ en ‘vijand’ in verband te brengen met de uitsluiting en de vervolging van de Joden door het Nazi-regime. Hoewel Schmitt gedurende enkele jaren aanhanger is geweest van de NSDAP en in die jaren ook antisemitische geluiden heeft laten horen, is de notie ‘vijand’ volgens de Duitse staatsrechtgeleerde echter vrij neutraal van aard. ‘De onderscheiding van vriend en vijand is bedoeld om de uiterste graad van intensiteit van een verbinding of scheiding, van een associatie of dissociatie aan te geven. Ze kan in de theorie en in de praktijk bestaan, zonder dat tegelijkertijd alle genoemde morele, esthetische, economische of andere onderscheidingen van toepassing hoeven te zijn. De politieke vrijand hoeft niet moreel slecht te zijn en niet esthetisch lelijk (...).’ (Schmitt, *Het begrip politiek*, 63.) Denk, voor een eigentijds voorbeeld van het onderscheid tussen vriend en vijand in de context van het Nederlandse publieke debat van de afgelopen jaren, bijvoorbeeld aan termen als ‘de hardwerkende Nederlander’ en ‘Henk en Ingrid’. Via deze oneliners wordt door politici een beeld opgeroepen van de ruggengraat van de Nederlandse samenleving en, tegelijkertijd, stilzwijgend ook duidelijk gemaakt wie daar niet toebehoort (‘de linkse kerk’ bijvoorbeeld). Treffend is ook de politieke retoriek in de Verenigde Staten. Zowel President Obama als bijvoorbeeld aanhangers van de Teaparty-beweging beroepen zich stevast op de ‘American people’ die een bepaalde maatregel – Obamacare bijvoorbeeld – juist wel of juist niet zou ondersteunen. Wie het niet met de ‘American people’ eens is, vormt een buitenstaander, zo lijkt de onvermijdelijke conclusie.

beginsel alleen als ook nadrukkelijk de mogelijkheid van het maken van onderscheid wordt opengehouden.⁵⁵

Schmitts kritiek op een liberale invulling van het gelijkheidsbeginsel ligt geheel in lijn met zijn eerder genoemde bezwaren tegen het rechtsstatelijke vrijheidsbegrip. De idee dat alle mensen gelijk zijn klinkt op het eerste gezicht misschien nobel, aldus Schmitt, maar resulteert er uiteindelijk in dat een staat zijn scheppende kracht wordt ontnomen. En een staat waar geen scheppende kracht aanwezig is – waar de massa murw wordt geslagen door de ‘kille’ rationaliteit van door een elite opgestelde constitutionele normen – vormt een ‘Staat ohne Volk, eine res populi ohne populus’.⁵⁶ De vraag die hierboven werd opgeworpen, is echter of een volk ooit wel uit zichzelf in het bezit kan komen van zulke scheppende kracht. Schmitt, zo bleek, wijst in dit verband in laatste instantie op het belang van homogeniteit; een door verschillende factoren gevormde verbondenheid die mensen in staat stelt als *pouvoir constituant* op te treden. Deze uitleg zal evenwel niet iedereen overtuigend in de oren klinken. Negeert zij niet dat een ‘volk’, wat voor een kenmerken de leden hiervan onderling ook gemeen hebben, als subject van normen altijd en waar dan ook uiteen zal vallen in een verzameling van particuliere deelbelangetjes? Dat dus uit de aard der zaak volgt dat een soeverein volk niet als absolute grootheid aan de rechtsorde vooraf kan gaan, in ieder geval niet zonder een bepaalde vorm van representatie? Een misschien nog wel fundamenteeler punt is of de onderliggende hypothese die Schmitt hanteert voor zijn constitutionele theorie wel klopt. Draait democratie wel in de eerste plaats draait om homogeniteit en politieke eenheid? Is wat ten grondslag ligt aan dit fenomeen niet veeleer toch een individueel verlangen naar vrijheid?

2.4 Tweede antwoord: ‘The basic principle of democracy, the idea of freedom’

2.4.1 *Veritas, non auctoritas facit legem?*

Met het onderschrijven van de stelling dat vrijheid niets tot stand brengt, richtte Schmitt zijn pijlen vooral op vrijheid in privaatrechtelijke zin – op het verlangen van een individu om een sfeer te creëren waar de staat niet komen mag en waar hij ongestoord kan genieten van zijn ‘private welfare’. Op de publiekrechtelijke variant van vrijheid – wat Hannah Arendt identificeerde met ‘the pursuit of public happiness’ – kan hij weinig aan te merken hebben gehad. Want dat vrijheid

⁵⁵ Schmitt, *Verfassungslehre*, 227. (‘Eine Gleichheit ohne die Möglichkeit einer Ungleichheit, eine Gleichheit, die man von selbst hat und überhaupt nicht verlieren kann, ist wertlos und gleichgültig.’)

⁵⁶ Ibid., 215.

HOOFDSTUK 2

en democratie nauw met elkaar verweven zijn, werd ook door Schmitt niet ontkend. Alleen: hoe zijn deze noties precies met elkaar verweven? Of, om Rousseau nog een keer aan te halen: hoe construeer je een samenleving waarin het volk de macht heeft en tegelijkertijd de vrijheid van het individu behouden blijft?

Neem nogmaals de figuur van het maatschappelijk verdrag. Ten grondslag aan dit construct ligt, welke specifieke theorie je ook raadpleegt, het principe van instemming. Aanvankelijk, bij Hobbes, vloeit deze instemming nog hoofdzakelijk voort uit een menselijke drang naar veiligheid. De vrijheid waarover mensen in de natuurtoestand beschikken, wordt nagenoeg volledig overgedragen aan een overheid die bescherming kan bieden.⁵⁷ Later, wanneer een positiever mensbeeld doorbreekt, komt de nadruk in contracttheorieën echter steeds meer te liggen op het behoud van vrijheid. Bij Rousseau is dit, zoals eerder ter sprake kwam, een vrijheid die compleet is ingekapseld in de staat die door het maatschappelijke verdrag wordt opgericht. Vrijheid bij Rousseau is dus in feite ondergeschikt aan de soevereine algemene wil van het collectief. Bij iemand als Locke daarentegen kom je een geheel ander beeld tegen. Daar voorziet het maatschappelijke verdrag heel nadrukkelijk in een kleine, met beperkte bevoegdheden beklede overheid, met als doel de regulering van lijf en goed. In Locke's staatsleer is volkssoevereiniteit zodoende niet zozeer gericht op het produceren van collectieve scheppingskracht, als wel op het raffineren van de individuele vrijheid die mensen volgens de Engelsman van nature reeds bezitten.

Dit verschil in benadering is van wezenlijke betekenis voor de manier waarop recht en politiek zich tot elkaar verhouden. Hoewel Locke zijn verdragsconstructie nog primair in een politiek perspectief plaatst,⁵⁸ schijnt bij hem namelijk al duidelijk de grondrechtenleer door. Volgens deze stroming zijn vrijheden geen van de overheid afgedwongen privileges, maar natuurlijke, morele ankers die aan de basis van een constitutionele ordening liggen.⁵⁹ De grondrechtenleer heeft vooral in de Verenigde Staten diepe sporen achtergelaten. Dit begint al met de Onafhankelijkheidsverklaring, waarvan Thomas Jeffersons onsterfelijke woorden dat 'all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness' nog steeds nagalmen. Ook in Europa is zij echter van meet af aan invloedrijk geweest. Zo stelt de pendant van de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring, de Franse Verklaring van de rechten van de mens en de burger in artikel 2: 'Le but de toute association politique est la conservation des droits

⁵⁷ *Supra*, § 1.3.

⁵⁸ Loughlin, *Sword and Scales*, 174-175.

⁵⁹ *Ibid.*, 197-198. Vgl. ook Richard Bellamy, 'Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty. Three Models of the State, Democracy and Rights within the EU', in: Neil Walker (red.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing 2003) 168-169. Een klassieke verdediging van de grondrechtenleer is afkomstig van de Duitse filosoof Immanuel Kant in zijn *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* uit 1785.

naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.'⁶⁰

De oorspronkelijke verschijningsvorm van de grondrechtenleer, het natuurrecht, is met de jaren steeds meer omstreden geworden. Valt bijvoorbeeld wel objectief vast te stellen welke vrijheden mensen van nature hebben meegekregen? Is het natuurrecht niet vooral een retorisch instrument om aan de samenleving een 'waarheid' op te dringen die per definitie onbewijsbaar is? Wat het vertrouwen in het natuurrecht ook geen goed heeft gedaan, is de vraag hoe de theorie in pure vorm moet worden geïmplementeerd. Gepresenteerd als een set van pre-constitutionele, morele waarden, is zij moeilijk juridisch afdwingbaar. Dit leidde ertoe dat gaandeweg steeds meer tot codificatie werd overgegaan. Van een politiek discours dat handelde over de vraag hoe natuurlijke vrijheden tegenover staat en recht te gelde konden worden gemaakt, veranderde de kwestie van grondrechten zo in een intrinsiek juridische aangelegenheid welke zich voornamelijk afspeelde in het strijdperk van rechters.⁶¹ Hiermee leek tegelijkertijd ook het verwijt komen te vervallen dat de grondrechtenleer te ideologisch geladen is. Nu grondrechten werden gepositieerd en onafhankelijke rechters zich over hun toepassing bogen, had de theorie immers een min of meer neutrale ondergrond gekregen.

Of toch niet? Met de voorstelling dat recht uit eigen hoofde een neutraal kader kan scheppen waar een overheid zich aan heeft te houden, beland je namelijk weer in het schootsveld van Schmitt. Die hield, zoals hierboven ter sprake kwam, vol dat een gedachte-experiment waarin een rechtsorde van zijn metafysische elementen wordt ontdaan uiteindelijk op drijfzand berust. Het natuurrecht, zo zou zijn commentaar kunnen worden samengevat, mag misschien aan overtuigingskracht hebben ingeboet, dat betekent niet dat een liberaal vertoog hier ook zonder kan.⁶² Schmitt heeft wat dit laatste betreft een punt. Dat grondrechten neutrale dingen zijn, die los kunnen worden geknipt van bepaalde particuliere overtuigingen, lijkt een makkelijk door te prikken ballon. Denk alleen al aan de situatie waarin een rechter wordt geconfronteerd met twee aan elkaar tegengestelde grondrechtenclaims. Welk grondrecht in zo'n geval voorrang moet krijgen, valt niet met totale objectiviteit vast te stellen.⁶³ Voor de discussie die in dit hoofdstuk centraal staat – de conceptuele relatie tussen norm en feit – is het evenwel de vraag of deze conclusie veel uitmaakt. Ongeacht of je het na-

⁶⁰ 'Het doel van iedere politieke vereniging is het behoud van de natuurlijke en onvervreembare rechten van de mens; deze rechten zijn de vrijheid, het bezit, de veiligheid en het verzet tegen onderdrukking.' Vgl. ook artikel 1 en artikel 4 van de Verklaring.

⁶¹ Loughlin, *Sword and Scales*, 205-209.

⁶² Vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, 141-142. Zie ook Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, 58.

⁶³ Denk in Nederland aan de SGP-zaak, waarin het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van godsdienst met elkaar om voorrang streden en verschillende rechters, de Hoge Raad, de Raad van State en het EHRM, tot uiteenlopende oordelen kwamen. Zie in algemene zin over deze problematiek: Lorenzo Zucca, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA* (Oxford: Oxford University Press 2007).

HOOFDSTUK 2

tuurrecht dan wel het positieve recht als uitgangspunt neemt, is de slotsom namelijk in beide gevallen dat ‘all politics must bend it’s knee before the right’.⁶⁴ Gechargeerd: *Veritas, non auctoritas facit legem*.⁶⁵

Een belangrijk voordeel van een benadering die uitgaat van de gedachte dat politiek noodzakelijkerwijs wordt geconditioneerd door (meta)juridische normen, is dat zij een uitweg biedt uit de impasse over de vraag waarom mensen in een democratie gehouden zijn te gehoorzamen aan het recht. Voluntaristische benaderingen van het type Rousseau, Sieyès en Schmitt zitten met het probleem dat zij niet goed kunnen verklaren hoe een volk zichzelf een constitutie kan geven die, nadat deze tot stand is gekomen, vervolgens boven hem komt te staan.⁶⁶ Tot op zekere hoogte is dit vanuit een voluntaristisch perspectief uiteraard ook niet de bedoeling. Zeker Schmitt zou menen dat een dergelijke constructie de doodsteek voor de politiek betekent. Aan de andere kant was Schmitt ook een man die weinig op had met chaos, en chaos is beweerdelijk wat is inge-

⁶⁴ Zo wordt Immanuel Kant geciteerd in Loughlin, *Sword and Scales*, 171. Het citaat van Kant is afkomstig uit *Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf* uit 1795. In zijn werk knikt Kant weliswaar regelmatig goedkeurend naar Rousseau, uiteindelijk verbindt hij echter maar weinig consequenties aan noties als soevereiniteit en democratie. Dank aan Wouter Hulstijn voor dit inzicht.

⁶⁵ Niet iedereen zal deze stelling onderschrijven. Volgens menig rechtswetenschapper heeft de overgang van het natuurrecht in een positivistische rechtsleer die fundamentele aanspraken alleen nog maar op hun constitutionele merites beoordeelt nu juist wel geresulteerd in een objectivering van het recht. Zie in dit verband bijvoorbeeld Hans Kelsen, ‘Natural Law Doctrine and Legal Positivism’, in: Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge: Harvard University Press 1945) 391 e.v., die, zoals hieronder nog verder zal worden besproken, zich hevig verzette tegen de suggestie dat zoiets metafysisch als de natuur of de rede maatgevend is voor wat betreft de vraag hoe een bepaald constitutioneel conflict moet worden opgelost. Vgl. ook de positivistische leer van de Britse rechtswetenschapper H.L.A. Hart, zoals neergelegd in diens bekende werk *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 1961). Hart bestrijdt de stelling dat het recht enkel berust op gehoorzaamheid aan de bevelen van een soeverein, die kunnen worden afgedwongen met sancties. In plaats van het recht als een stelsel van dergelijke bevelen, spreekt Hart van het recht als een geheel van regels. Hij onderscheidt primaire regels, die bepaald gedrag van rechtssubjecten verbieden of gebieden, en secundaire regels, die onder meer gaan over de vragen hoe primaire regels te herkennen, en hoe deze te veranderen. Hart stelt hierbij dat weliswaar natuurrechtelijke minimumnormen in acht worden genomen, maar dat het recht niet per definitie verbonden is met moraal. Van een andere orde zijn de denkbeelden van de Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald Dworkin. Dworkin staat bekend om zijn scherpe kritiek op rechtspositivistische voorstellingen waarin het recht wordt ontdaan van zijn natuurlijke connectie met beginselen van rechtvaardigheid en moraliteit. Niettemin past Dworkin er wel voor op om geen ontologische tweedeling tussen zulke beginselen en het gepositieerde recht aan te brengen. Moraliteit zit volgens hem in het recht inbegrepen; het is aan de rechter om in conflicten hierover de juiste accenten te leggen. In die zin is bovenstaande variatie op Hobbes dan ook niet op Dworkin van toepassing. Zie Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (Cambridge: Harvard University Press 1986).

⁶⁶ Voor dit beeld wordt vaak de volgende metafoor gebruikt: kan God een steen ontwerpen die hij zelf niet kan optillen?

bakken in een theorie die de geldigheid van een fundamentele wet laat afhangen van de grillen van de menselijke aard. Daar komt nog eens bij dat een *pouvoir constituant* in de regel zal handelen op de puinhopen van een vorige constitutionele ordening, waardoor meteen een schaduw wordt geworpen over enige hoop op eeuwigheidswaarde van de nieuwe constitutionele ordening. Illustratief in dit opzicht is Frankrijk, waar in het bestek van anderhalve eeuw, vaak vergezeld door het nodige bloedvergieten, meer dan tien constituties werden versleten.⁶⁷ Rousseau, geestelijk wegbereider van de Franse Revolutie, zag deze bui misschien al wel hangen. Om een systeem te ontwerpen waarin mensen hun harts-tochten aan de kant schuiven voor het gezag van het recht, zo merkte hij ooit eens op, ‘il faudrait des dieux’ – zijn er goden nodig.⁶⁸

Bij een benadering die is gegrondvest op vrijheid doet zich dit probleem niet voor; althans niet in conceptuele zin.⁶⁹ Daar is de suprematie van het recht namelijk al ingeweven. Dit geldt overigens niet alleen voor een benadering die grondrechten als speerpunt heeft. Ook als vrijheid niet wordt opgeknipt in verschillende specifieke waarden zoals godsdienstvrijheid, vrije meningsuiting en het recht op eigendom, maar als autonoom fenomeen wordt gezien, gaat deze vlieger op. De kunst in dit geval is om vrijheid niet, zoals Schmitt doet, uitsluitend als negatief – dat wil zeggen tegenover de maatschappij geplaatst – verschijnsel te beschouwen, maar ook als positief gegeven, dat buiten de maatschappij feitelijk zonder betekenis is. Hier komt Schmitts intellectuele tegenpool, Hans Kelsen, om de hoek kijken. Waar Schmitt met betrekking tot democratie de nadruk legt op het gelijkheidsbeginsel, kiest laatstgenoemde als vertrekpunt dat dit een staatsvorm is die voortkomt uit een roep om vrijheid.⁷⁰ In eerste instantie, zo betoogt Kelsen nog *à la* Locke, is dit een negatieve manifestatie van vrijheid, die plaatsvindt in de natuurtoestand. Van hieruit, gaat hij verder, komt de roep om vrijheid echter in een spiraal terecht die als onvermijdelijk einde heeft dat de individuele mens op een gegeven moment wakker wordt in een ‘coercive legal order’. Deze transformatie van negatieve vrijheid in positieve, politieke vrijheid heeft volgens Kelsen onder andere te maken met de verwevenheid van vrijheid met het gelijkheidsbeginsel. ‘In the demand for freedom’, aldus de geboren Oostenrijker, ‘nature rebels against society.’⁷¹ Onder-

⁶⁷ Zie voor een lijst: en.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_France.

⁶⁸ Geciteerd in Arendt, *On Revolution*, 184. Zie ook hfdst. 7 in *het maatschappelijk verdrag*, waarin Rousseau de wat mysterieuze figuur van ‘wetgever’ opvoert, ‘een buitengewoon man’ die ‘het gezag over de wetten voert’, maar niet ‘het gezag over de mensen’. Zie hierover G. Hoogers, ‘The Paradox of Politics from a Constitutional Perspective: the Constituent Power of the People and the Representation of the General Will’, 38 *Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* (2008) 163-174.

⁶⁹ Maar zie Arendt, *On Revolution*, 190-195, die stelt dat ook de natuurrechtleer een ‘absolute’ is, die transcendent is aan het recht, en uit zichzelf niet voor *auctoritas* kan zorgen.

⁷⁰ Kelsen, ‘On the Essence and Value of Democracy’, in: Jacobson en Schlink, *Weimar*, 84. Zie in dit verband van Kelsens hand ook: *General Theory of Law and State*, 284-287.

⁷¹ Ibid.

HOOFDSTUK 2

deel van deze rebellie is dat de mens zich gewaar wordt van het feit dat de meester die hem bevelen geeft, een mens is precies zoals hijzelf. Vrijheid impliceert, met andere woorden, ook dat mensen aan elkaar gelijk zijn. Wil gelijkheid evenwel iets voorstellen, zo stelt Kelsen, dan leert de ervaring dat we onszelf moeten laten regeren. Vrijheid kan dus uiteindelijk alleen maar zinnig worden ingevuld *binnen* een constitutionele ordening. Gebeurt dit niet, dan is vrijheid geen democratie, maar anarchie.⁷²

2.4.2 Politieke eenheid als illusie

Met de stelling dat macht en vrijheid de zuurstof van een constitutionele orde nodig hebben om überhaupt te kunnen bestaan, probeert Kelsen de angel te halen uit de kritiek op het liberalisme dat dit een ideologie is die onder een sluier van objectiviteit een bepaald waarheidsbeeld aan de samenleving opdringt. Volksoevereiniteit, zo is zijn premisse, kan nooit een absoluut gegeven zijn dat in een strikt dualistische verhouding tot het recht staat.⁷³ Als een *pouvoir constituant* de basisregels omver zou kunnen werpen zonder welke een democratie niet mogelijk is, zou hij zichzelf namelijk feitelijk opblazen.⁷⁴

Kelsens opvattingen over de verhouding tussen (individuele) vrijheid en democratie hebben een meer recente vertaling gekregen in de school van het zogenaamde positieve constitutionalisme.⁷⁵ Volgens deze school is het onjuist om aan te nemen dat er tussen liberalisme en democratie een existentieel spanningsveld bestaat. Veeleer zou er sprake zijn van een ‘marriage of true minds’,⁷⁶

⁷² Kelsen, ‘On the Essence and Value of Democracy’, 85; *General Theory of Law and State*, 284-285. Ter invulling van dit uitgangspunt is het aardig om een anekdote aan te halen die over de Venetiaanse vrijheidsstrijder Daniele Manin (1804-1857) wordt verhaald in het schitterende *The Middle Sea: A History of the Mediterranean* (Londen: Vintage 2007) 506, van John Julius Norwich. Manin zou tegen een uitzinnige menigte die op het punt stond hem te bevrijden uit de gevangenis waar hij op last van de Oostenrijkse autoriteiten was ingezet, hebben gezegd te wachten totdat de Oostenrijkse gouverneur van Venetië hiervoor officiële goedkeuring had verleend: ‘Do not forget’, maande Manin zijn aanhangers, ‘that there can be no true liberty, and that liberty cannot last, where there is no order.’ Deze anekdote is ook als motto van dit boek opgenomen.

⁷³ Vgl. David Dyzenhaus, ‘The Politics of the Question of Constituent Power’, in: Loughlin en Walker, *The Paradox of Constitutionalism*, 129-134.

⁷⁴ In bovenstaande liberale opvatting handelt een *pouvoir constituant* dus nooit vanuit de natuurtoestand, maar altijd vanuit een toestand die al op enigerlei wijze normatief is. Het is uiteraard de vraag of het hele concept *pouvoir constituant* in zo’n situatie nog wel zinvol is.

⁷⁵ Zie met name Stephen Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy* (Chicago: University of Chicago Press 1995). Vgl. ook John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Massachusetts en Londen: Harvard University Press 1980).

⁷⁶ Zie Peter Berkowitz, *Friends of Liberalism should be grateful*, 1 september 1995, peterberkowitz.wordpress.com/1995/09/01/friends-of-liberalism-should-be-grateful/.

in de zin dat constitutionele normen die geassocieerd worden met het liberalisme zelfbeschikkingsvrijheid niet beperken, maar juist versterken. Ter ondersteuning van deze gedachte klopt de school van het positieve constitutionalisme onder meer aan bij één van de belangrijkste erflaters van het moderne constitutiebegrip: Charles-Louis de Secondat, baron de Montesquieu. Centraal in de constitutionele filosofie van Montesquieu staat, zoals bekend, het concept van machtscheiding. Op het eerste gezicht is dit een leerstuk dat hoofdzakelijk bedoeld is om ongebreidelde machtsuitoefening te voorkomen.⁷⁷ Het ging Montesquieu echter niet alleen om de bewerkstelling van negatieve vrijheid. Machtscheiding en ‘checks and balances’ vormden voor hem, vanwege hun connectie met vrijheid, ook onmisbare instrumenten voor een levensvatbare democratische politieke praktijk.⁷⁸ Dit vanuit de gedachte dat constitutionele ordening niet alleen voorkomt dat alle macht in een maatschappij wordt gemonopoliseerd, maar tegelijkertijd ook uitstekende voorwaarden schept waaronder macht kan gedijen. In een staat waar de *res publica* voorop staat, zo kan Montesquieu begrepen worden, heeft macht veiligheidskleppen nodig om zich ten volle te kunnen ontplooiën. Zonder de aanwezigheid van constitutionele regels over de allocatie van bevoegdheden zou een democratie ontaarden in een dictatuur van de meerderheid. Van vrijheid en gelijkheid, de stuwende krachten achter democratie, zou dan weinig meer overblijven.

Kelsen en Montesquieu vinden elkaar in het feit dat zij beiden van mening zijn dat politieke, op vrijheid gebaseerde macht alleen kan worden uitgeoefend binnen een constitutionele ordening en daar dus logischerwijze een gevolg van is. Anders dan Schmitt, beschouwen zij het gelijkheidsbeginsel, dat ook bij hen onlosmakelijk is verbonden met het fenomeen democratie, niet zozeer als het vuur waarin constitutionele normen worden gesmeed, maar eerder als beperkende factor, die zelf reeds constitutioneel van aard is.⁷⁹ Kelsen gaat in zijn kritiek op Schmitts voorstelling van zaken evenwel nog een stap verder dan Montesquieu. Dat hij zich verzet tegen een conceptie waarin volkssoevereiniteit als een absolute, preconstitutionele notie wordt gepresenteerd, vloeit niet alleen voort uit de overtuiging dat vrijheid pas binnen een rechtsorde tot wasdom kan komen, maar, zoals eerder al bleek, ook nadrukkelijk vanuit het inzicht dat juristen helemaal niets te zoeken hebben bij een concept dat aan het recht vooraf gaat.⁸⁰ In het bijzonder neemt Kelsen stelling tegen Schmitts benadering van het fenomeen volk. Zelfs al zou het in theorie mogelijk zijn een sfeer te onderscheiden waarin mensen nog ongebonden aan rechtsregels leven, dan is dit een sfeer waar vanuit een constitutioneel oogpunt volgens de Oostenrijkse rechtswetenschapper niet

⁷⁷ *De l'esprit des lois* [1748] Hfdst. XI, 4: ‘le pouvoir arrête le pouvoir’.

⁷⁸ Zie Arendt, *On Revolution*, 148-153; Loughlin, *Sword and Scales*, 186-195. Anders: Kelsen, *General Theory of Law and State*, 282, die meent dat machtscheiding niet wezenlijk democratisch is.

⁷⁹ Vgl. Corrias, *The Passivity of Law*, 47-48.

⁸⁰ *Supra*, § 1.6.

HOOFDSTUK 2

veel over te zeggen valt. Om in aanmerking te komen voor constitutionele exegetische, zo stelt Kelsen, moet een volk namelijk een *eenheid* vormen, en dat is een illusie. ‘Split by national, religious, and economic conflicts, that unity is – according to sociological findings – more a bundle of groups than a mass of one and the same aggregate state.’⁸¹ In tegenstelling tot Schmitt, bestrijdt Kelsen dus dat een collectief van mensen ooit als *pouvoir constituant* zal kunnen optreden. Praktischer en overtuigender is het, betoogt hij, de *normatieve* situatie van eenheid van een volk – dat wil zeggen de eenheid van een volk als object van regels, zoals vertegenwoordigd in een parlement of handelend als electoraat – als uitgangspunt te nemen.⁸² Te meer daar een individu in principe toch altijd geboren zal worden ‘into a community constituted by a pre-existing social order’.⁸³

Waarom benadrukt Kelsen het belang van normatieve eenheid van een volk in een democratie? In beginsel om dezelfde reden waarom Schmitt zoveel waarde hecht aan dit uitgangspunt in een voorrechtelijke toestand: namelijk dat normen, omwille van hun geldigheid, een beginpunt moeten hebben waaruit zij kunnen worden afgeleid. Anders dan bij Schmitt is het bij Kelsen alleen niet het volk dat dit beginpunt vormt, maar het recht zelf. De eenheid van een volk is de eenheid van een rechtsorde. Dit verklaart ook meteen waarom staat en recht bij Kelsen, zoals reeds naar voren kwam, niet in een dualistische verhouding tot elkaar staan, maar in een monistische verhouding. Wat is een staat juridisch gesproken namelijk anders, zo vraagt de Oostenrijker zich af, dan de personificatie van een ‘community created by a national (...) legal order’?⁸⁴ Als Kelsen zegt dat recht de bron vormt waaraan normen ontspringen, dan bedoelt hij dat letterlijk. Het enige echte onderscheidende criterium waaraan je een rechtsnorm kunt herkennen, aldus Kelsen, is dat zij geldt. Het beginpunt van iedere rechtsorde, wat Kelsen de *Grundnorm* noemt, staat dan ook enkel in dienst van dit ene doel – veronderstellen dat normen gelden – en is verder geheel ontdaan van metajuridische toeters en bellen.⁸⁵ Hoewel zojuist bleek dat hij ter fundering van het fenomeen democratie een belangrijke plek inruimt voor het principe van vrijheid, grijpt Kelsen dus niet direct op dit principe terug als verklaring voor zijn rechtsleer.

⁸¹ Kelsen, ‘On the Essence and Value of Democracy’, 90.

⁸² Ibid.: ‘Only in a *normative* sense can one speak of unity. (...) Fundamentally, only a *legal* element can be conceived more or less precisely as the unity of the people: the *unity* of the *state’s legal order*, which rules the behavior of the human beings subject to its norms. In this unity and through the content of its norms, the unity of the variety of human action is constituted, which the “people” as an element of the state, as a specific social order, represents.’

⁸³ Kelsen, *General Theory of Law and State*, 286.

⁸⁴ Ibid., 181: ‘The State is the community created by a national (...) legal order. The State as juristic person is a personification of this community or the national legal order constituting this community. From a juristic point of view, the problem of the State therefore appears as the problem of the national legal order.’

⁸⁵ *Supra*, § 1.6.

Dat Kelsen niet alleen wilselementen maar ook waarde-elementen uitsluit, komt voort uit zijn diepe overtuiging dat dit de enige manier is om het recht werkelijk wetenschappelijk te benaderen. Iedere serieuze poging om zulke aspecten wel bij de rechtswetenschap te betrekken, zo beweerde hij, valt onvermijdelijk ten prooi aan subjectiviteit, en is daarom ondeugdelijk.⁸⁶ Het is de vraag of Kelsen uiteindelijk slaagt in zijn opzet. Nog los van het feit dat zijn *Grundnorm* wel heel erg gemakkelijk negeert dat het beginsel van volkssoevereiniteit, hoe omstreden de notie verder ook moge zijn, aanwijsbaar voor veel constituties als grondslag geldt,⁸⁷ zou je hem namelijk kunnen tegenwerpen dat dit op de logica gebaseerde postulaat verdacht veel doet denken aan een appèl op de rede, waardoor ook hij in een metafysisch schuitje terecht komt.⁸⁸ Dit vermoeden wordt nog versterkt wanneer hetgeen hij schreef over democratie in ogenschouw wordt genomen. Zijn streven een waarde vrije rechtsleer te ontwerpen komt zo bezien immers voort uit een bepaalde opvatting over wat vrijheid is en over hoe vrijheid gerealiseerd kan worden.

Dit alles laat onverlet dat Kelsen wel scherp verwoordt wat problematisch is aan voorstellingen waarbinnen ter verklaring van de geldigheid van het recht wordt gekozen voor een buiten het positieve recht zelf gelegen, transcendente oplossing. Namelijk dat, ongeacht of voor een algemene wil of de rede als oplossing wordt gekozen, in dergelijke voorstellingen altijd een beroep wordt gedaan op een hogere, absolute waarheid. En zo beland je in een cirkel. Recht, het beoogde product van zo'n waarheid, aldus Kelsen, is een immanent fenomeen. Het kan alleen maar tot stand komen als dit op een geldige manier, dat wil zeggen overeenkomstig het recht zelf, gebeurt. Dit geldt ook voor de hoogste, in beginsel niet verder afleidbare norm binnen een rechtsorde, een constitutie. Dat aan een constitutie een 'self-evident truth' of een 'volonté générale' ten grondslag ligt, kan alleen worden vastgesteld aan de hand van een constitutie zelf. In feite is dus niet het recht een product van de waarheid, maar de waarheid een product van het recht.⁸⁹ Of anders gesteld: de oorsprong van een constitutionele ordening vindt altijd plaats in een verleden dat pas in zicht komt in het heden en, zo zou kunnen worden geredeneerd, is er daarom eigenlijk nooit geweest.

Bovenstaand inzicht is tot op zekere hoogte een herhaling van wat eerder, in het gedeelte over Schmitt, over een creatie *ex nihilo* werd gezegd. Hier is van belang om te onderstrepen dat dit niet alleen geldt voor concepties die zijn geba-

⁸⁶ Kelsen was dan ook verontwaardigd dat sommige van zijn opponenten in de academische wereld, waaronder Schmitt, hem verweten dat zijn pure rechtsleer een vehikel voor het liberalisme was. Dat impliceerde immers dat zijn wetenschappelijke arbeid ideologisch gemotiveerd was. Zie Hans Kelsen, 'Legal Formalism and the Pure Theory of Law', in: Jacobsen en Schlink, *Weimar* 79-80.

⁸⁷ Vgl. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, 146: 'Die Unorm existiert nicht.'

⁸⁸ Zie Hoogers, 'Silete, theologi, in munere alieno', 41-46.

⁸⁹ Vgl. Hans Lindahl, 'Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood', in: Loughlin en Walker, *The Paradox of Constitutionalism*, 10-11.

HOOFDSTUK 2

seerd op democratische wilsvorming, maar ook van toepassing kan zijn op theorieën die vrijheid of de rede als beginpunt hanteren. ‘Die Freiheit konstituiert nichts’, is een stelling waarmee ook Kelsen het vermoedelijk eens zou zijn geweest. Kelsens poging om een pure rechtstheorie te construeren en zijn weigering om op rechtsnormen te reflecteren vanuit een ander perspectief dan het positieve recht zelf, heeft ondertussen wel een bedenkelijke keerzijde. Namelijk dat het zo heel erg moeilijk wordt om te toetsen of normen wel *legitiem* zijn. Geheel in de geest van zijn eigen theorie, was Kelsen zelf van mening dat deze legitimiteit voortvloeide uit de vraag of een norm correct tot stand was gekomen. Aan de inhoud van een norm, zo betoogde hij, kon niets worden afgelezen. Je kunt je echter afvragen of legitimiteit in deze zin nog wel legitimiteit in de echte betekenis van het woord is.⁹⁰ Wat er verder ook conceptueel mag mankeren aan theorieën die volkssoevereiniteit of de rede als uitgangspunt nemen, zij kunnen in ieder geval wel uitleggen *waarom* mensen moeten gehoorzamen aan het recht. De waarde van een transcendent, absoluut constitutiebegrip is niet alleen dat op deze manier wat over de oorsprong van een constitutionele ordening wordt gezegd, maar ook, of liever gezegd tegelijkertijd, wat over haar legitimiteit.

2.5 Derde antwoord: ‘The Task of Foundation’

Eerder in dit hoofdstuk werd de vraag opgeworpen wat de relatie is van democratie tot een liberale staatsordening of wat deze relatie zou moeten zijn om zo’n ordening werkelijk democratisch te maken. Inmiddels, zo’n dertig pagina’s verder, is het verleidelijk om de handdoek in de ring te gooien. De norm-feit discussie, zo lijkt het, eindigt in een patstelling. Zowel voorstellingen waarin het primaat van de politiek boven dat van het recht wordt verdedigd als *vice versa* vertonen kwetsbare plekken en kunnen uiteindelijk niet helemaal rondgebreed worden. Verder kun je je afvragen of het überhaupt wel soelaas biedt om een onderverdeling aan te brengen tussen twee constitutionele tradities. Is een analyse van de relatie tussen recht en politiek, over de gehele linie gezien, simpelweg niet afhankelijk van te veel variabelen om in een malletje te stoppen? Neem de hoofdrolspelers die in dit verhaal werden opgevoerd, Carl Schmitt en Hans Kelsen. Beiden zijn, alleen al vanwege hun politieke opvattingen, feitelijk vreemde kostgangers binnen respectievelijk de revolutionaire en evolutionaire school. En ook mannen als Locke en Montesquieu, die elk op hun eigen manier een belangrijke geestelijke bijdrage hebben geleverd aan de revoluties van eind achttiende

⁹⁰ Zie Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes: Ein Grenz-begriff des Verfassungsrechts* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1986) 92-93.

eeuw, zijn niet één, twee, drie weg te zetten als vaandeldragers van één van beide tradities.

Misschien dat hierboven wel de gehele tijd de verkeerde kant werd opgekeken. Zo zou Hannah Arendt waarschijnlijk hebben geoordeeld. Hoofdvraag voor Arendt was wanneer je een revolutie geslaagd kunt noemen. Doorslaggevend in dit verband volgens haar was in hoeverre de drijfveer van elke waarlijke revolutie, het verlangen naar politieke vrijheid, als gerealiseerd kon worden beschouwd. Gemeten aan de hand van dit criterium, constateert Arendt een diepe kloof tussen de Amerikaanse Revolutie en de Franse Revolutie. Een succesvolle revolutie, aldus Arendt, valt of staat met de ‘task of foundation’ – dat wil zeggen met het vermogen om een bestendig bouwwerk neer te zetten waarbinnen het republikeinse ideaal van vrijheid kan floreren – en daar zijn de Amerikanen indertijd wel in geslaagd en de Fransen niet.⁹¹ Dit is een betrekkelijk verrassende conclusie. Eén die afbreuk doet aan het vooral in Europa dominante beeld dat de Franse Revolutie van beide omwentelingen duidelijk de sterkste papieren heeft wat betreft de vraag welke gebeurtenis het ‘meest’ revolutionair was.⁹² Dat de Amerikaanse Revolutie geen echte revolutie zou zijn, wuift Arendt echter resoluut weg. Anders dan bijvoorbeeld de Engelse ‘Glorious Revolution’ van 1688, waar zij wel mee vergeleken wordt, was de Amerikaanse Revolutie volgens haar niet alleen een experiment in ‘limited government’, maar ook heel nadrukkelijk een stichtingsmoment.⁹³

Belangrijkste oorzaak achter het success van de Amerikanen in de ogen van Arendt was het inzicht ‘that in the realm of human affairs sovereignty and tyranny are the same.’⁹⁴ Dit verklaart de filosoof weer door te wijzen op het historische decor waartegen de Amerikaanse en Franse constitutionele experimenten zich afspeelden. De erfenis van de Amerikaanse Revolutie, zo stelt Arendt, was de beperkte monarchie en die van de Franse Revolutie absolutisme. En wat ‘seems more natural than that a revolution should be predetermined by the government it overthrows’?⁹⁵ Hier houdt het voor Arendt echter niet bij op. Crucialer nog dan het enkele feit dat de Amerikanen gezegend waren met een andere achtergrond dan de Fransen was volgens haar dat de ‘Founding Fathers’ beseften dat macht en recht niet aan dezelfde bron ontspringen.⁹⁶ ‘The seat of power’ voor de Amerikanen, zo betoogt Arendt, was ‘the people’, maar ‘the source of

⁹¹ Arendt, *On Revolution*, 121-131.

⁹² Ook de Amerikanen zelf zijn er overigens niet unaniem van overtuigd dat de geboorte van hun land zo’n verheffende gebeurtenis was als in de geschiedenisboekjes staat. Zie in het bijzonder Charles A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* [1913] (New York: Dover Publications 2004) die de ‘Founding’ in essentie als een eliteproject voorstelde van een aristocratische bovenlaag van grondbezitters.

⁹³ Arendt, *On Revolution*, 146; 152-153. Vgl. ook Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, 134.

⁹⁴ *Ibid.*, 152.

⁹⁵ *Ibid.*, 154.

⁹⁶ *Ibid.*, 155-156; 164-165.

HOOFDSTUK 2

law was to become the Constitution'.⁹⁷ Anders gezegd: waar de Franse revolutionairen, trouw aan wat Rousseau en Sieyès hun aan intellectuele baggage hadden meegegeven, zich blindstaarden op de noodzaak van een almachtige, constitutioneel ongebonden *pouvoir constituant* die bron van zowel macht als recht was, wisten hun Amerikaanse collega's uit ervaring dat deze problematiek niet op een dergelijke eendimensionale manier benaderd hoefde te worden. Deze ervaring, aldus Arendt, bestond er voornamelijk uit dat in het prerevolutionaire Amerika het volk geen fictie vormde, zoals in het Frankrijk van het *Ancien Régime* het geval was, maar reeds aanwezig was als 'working reality', in de vorm van talloze 'communities' en 'assemblies' die vanaf het moment dat de *Mayflower* in 1620 de eerste kolonisten aan land zette, als paddenstoelen uit de grond waren geschoten.⁹⁸ Toen de Revolutie uitbrak, is Arendts claim, hadden de mensen in Amerika zich dus al in zekere zin geconstitueerd; het hoefde niet, zoals de Franse natie, eerst uit een 'natuurtoestand' te komen.⁹⁹

Wat Arendts kijk op de zaak bijzonder maakt, is het feit dat de politiek denkster suggereert dat het mogelijk is recht en politiek met elkaar te verzoenen, zonder dat één van de twee grootheden veroordeeld is een ondergeschikte positie in te nemen. Overigens tekent zij aan dat de Amerikanen zelf zich waarschijnlijk niet meteen goed realiseerden welke prestatie van formaat zij leverden. Evenals de Franse revolutionairen enkele jaren later, waren de 'Founding Fathers' aanvankelijk ook op zoek gegaan naar een 'absolute' die als punt van referentie voor de federale Grondwet en lagere wetten kon fungeren. Deze 'absolute' werd volgens haar gevonden in het concept 'self-evident truth', in het natuurrecht derhalve.¹⁰⁰ Hoewel de Amerikanen dus geen toevlucht zouden hebben gezocht tot een conceptie waarin de natie soeverein is, kwamen ook zij ogenschijnlijk niet los uit 'the vicious circle in which all beginning is inevitably caught'.¹⁰¹ Dat dit gebeurde, wijt Arendt aan de monotheïstische traditie waarin de Westerse wereld sinds de komst van het Christendom is ondergedompeld. Zowel een soeverein volk als de rede zou een reflectie zijn van de oorspronkelijk Joodse inventie van een scheppende God, die zelf buiten zijn eigen schepping staat en zijn wil via Geboden in wetten vertaalt.¹⁰² En tenzij je *à la* Kelsen alle banden met het politieke doorsnijdt, kom je met een dergelijke conceptie als vertrekpunt nooit uit op een oplossing die het mogelijk maakt een stichtingshandeling reeds uit zichzelf als begin te formuleren.

⁹⁷ Ibid., 156. Later zou dit veranderen, aldus Arendt, en werd de Constitution een product van 'popular will'. Zie ook de bekende Amerikaanse constitutionalist Edward Corwin, genoemd in vn. 31, die stelt dat een verklaring voor de geldigheid van het constitutionele recht aanvankelijk werd gezocht in een ideaal van 'essential and unchanging justice'.

⁹⁸ Ibid., 164-167.

⁹⁹ Ibid., 179-182.

¹⁰⁰ Ibid., 183-186; 192-195.

¹⁰¹ Ibid., 205.

¹⁰² Ibid., 190-191; 207.

Volgens Arendt lag er echter de gehele tijd al een alternatief voor de voeten van de ‘Founding Fathers’. Namelijk het voorbeeld van de Romeinen, zoals eerder naar voren kwam een grote inspiratiebron voor de revolutionairen in zowel Amerika als Frankrijk. In de Oudheid, aldus Arendt, was men volslagen onbekend met de noodzaak van een transcendente grootheid ter fundering van een constitutionele orde.¹⁰³ Constituties en wetten werden er niet beschouwd als producten van een absolute, goddelijke waarheid, maar als menselijke instrumenten die berustten op wederkerigheid en beraadslaging, en daarom inherent relatief waren. Wat de Romeinen begrepen en later, door het Christendom, uit het zicht verdween, zo betoogt Arendt, was dat mensen in staat zijn iets nieuws te beginnen zonder vervolgens terug te hoeven grijpen op een validerend, en uit de aard der zaak arbitrair principe – dat de ‘absolute lies in the very act of beginning itself’.¹⁰⁴ De kunst was niet zozeer om *potestas in populo* – democratische macht – te constitueren, als wel om hier het ingrediënt van *auctoritas* – van gezag – aan toe te voegen. De Romeinen koesterden om deze reden hun Senaat. De Amerikanen op hun beurt, stelt Arendt, hadden met hun innovatie van een *Supreme Court* een medium in handen dat, naar later bleek, de Constitutie eeuwigheidswaarde zou verlenen.¹⁰⁵

Heeft Arendt hier een punt? Ontegenzeggelijk is het waar dat moderne opvattingen over constitutionele theorie gekleurd zijn door de Christelijke theologie. In de beroemde woorden van Schmitt: ‘Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe.’¹⁰⁶ Het leerstuk van soevereiniteit, dat van deze begrippen het meest in het oog springt, had waarschijnlijk nooit zijn klassieke betekenis gekregen, als mensen niet reeds geconfronteerd waren geweest met het complexe beeld van een onnipotente God die zowel buiten de wereld stond als daarop betrokken was.¹⁰⁷ Zelfs Kelsen, die zich ooit beklagde over de ‘schade’ die dit Godsbeeld had toegedeeld aan de rechtswetenschap,¹⁰⁸ kwam, zoals hierboven werd geconstateerd, met zijn *Grundnorm* niet helemaal los van deze erfenis. Als inderdaad klopt dat soevereiniteit, van een volk of van de rede, zo’n contingent begrip is, in de zin dat het

¹⁰³ Ibid., 186-189. Zelfs een mythische figuur als de Spartaanse wetgever Lycurgus was uiteindelijk een gewone sterveling.

¹⁰⁴ Ibid., 204-206; 212-215.

¹⁰⁵ Ibid., 199-202. Niets voor niets waren openbare gebouwen in het oude Rome altijd voorzien van het motto *senatus populusque Romanus*. Zie ook Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (Chicago: University of Chicago Press 2000), een vertaling door: Harvey Mansfield en Delba Winthrop van het Franse *De la démocratie en Amérique* uit 1835: ‘The peace, the prosperity, and the very existence of the Union are vested in the hands of the justices of the Supreme Court. Without them, the Constitution would be a dead letter.’

¹⁰⁶ Schmitt, *Politische Theologie*, 43.

¹⁰⁷ Zie uitgebreid hierover Govert Buijs, ‘“Que les Latins appellent maiestatem”: An Exploration into the Theological Background of the Concept of Sovereignty’, in: Walker, *Sovereignty in Transition*, 229-257.

¹⁰⁸ Ibid., 243.

HOOFDSTUK 2

zeer nauw verweven is met een bepaald wereldbeeld, dan lijkt het logisch dat iemand als Arendt zich afvraagt of het niet gewoon kan worden afgeschaft.

2.6 De paradox van soevereiniteit

In hoeverre het mogelijk is om in existentiële zin afscheid te nemen van uitgangspunten die de afgelopen eeuwen gezichtsbepalend zijn geweest voor de Europese constitutionele cultuur, is één van de hoofdvragen van dit onderzoek. Waar Arendt deze vraag vooral bespreekt tegen het decor van de Klassieke Oudheid, wil men haar in het constitutionele debat over de EU nog wel eens in het perspectief van de Middeleeuwen plaatsen.¹⁰⁹ Bij eventuele overeenkomsten en verschillen tussen de Middeleeuwen en de huidige tijd zal verderop in deze studie uitvoerig worden stilgestaan.¹¹⁰ Ter voorbereiding daarop wordt op deze plek, nog los van de speciale context van de EU, alvast ingegaan op de vraag hoe solide de opvatting van Arendt is dat een verzameling van individuen een constitutionele orde kan stichten die vervolgens zelf beginpunt wordt. Is het conceptueel mogelijk ‘power’ en ‘law’ van elkaar te scheiden zonder dat dit gepaard gaat met legitimiteitsverlies zoals bij Kelsen het geval is? Hieronder zal het standpunt worden verdedigd dat dit niet het geval is. Dit standpunt zal vervolgens in de komende hoofdstukken als leidraad dienen bij de beantwoording van de vraag wat de constitutionele status van de Europese Unie is.

2.6.1 De constituering van een politieke eenheid

Waar en waarom loopt Arendts verhaal spaak? Om te beginnen bij haar aanneme dat een proces van constitutievorming kan worden losgeknipt van het resultaat hiervan, een constitutie. Waarin Arendt zich lijkt te onderscheiden van Kelsen, is dat zij oog blijft houden voor de legitimatiefunctie van een grondwet. Immers: *potestas in populo*. Het is echter moeilijk om in te zien hoe een constitutie de legitimiteit die voortvloeit uit een stichtingshandeling kan waarborgen als de groep mensen die deze handeling heeft verricht hier later geen verande-

¹⁰⁹ Zie Bellamy, ‘Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty’, 169-170; Joseph H. H. Weiler en Marlene Wind (red.), *European Constitutionalism Beyond the State* (Cambridge: Cambridge University Press 2003); András Jakab, ‘Neutralizing the Sovereignty Question: Compromise Strategies in Constitutional Argumentations before the European Integration and since’, 2 *European Constitutional Law Review* (2006) 375-397.

¹¹⁰ *Infra*, § 8.3.

ring meer in kan aanbrengen.¹¹¹ Hier zou tegenin kunnen worden geworpen dat Arendt dit feitelijk ook niet beweert – dat het haar er vooral om te doen is aan te tonen dat het mogelijk is vanuit het niets een ordening te scheppen die vanwege haar inhoud en het gezag dat zij door deze inhoud verwerft, bestand is tegen politieke grillen. Zodra de concessie wordt gedaan dat een volk kan inbreken op het constitutionele proces, lijkt het, in ieder geval in theorie, evenwel onmogelijk om zulke immuniteit nog te garanderen. Een tweede, misschien nog wel groter bezwaar tegen de manier waarop Arendt de zaken voorstelt, is haar bewering dat mensen een orde kunnen stichten vanuit een situatie van onderling overleg en wederzijds goedvinden. In essentie is dit een privaatrechtelijk argument. Arendt schaaft zich hiermee feitelijk dan ook in een lange rij van contractdenkers. Eerder werd echter al opgemerkt dat ook contracttheorieën met het conceptuele probleem zitten dat een verdrag over een constitutionele orde eigenlijk niet gesloten kan worden als de deelnemers aan dat verdrag niet, minimaal, een *eenheid* vormen.¹¹² Om te kunnen handelen – om vast te kunnen stellen welke grenzen een constitutionele orde heeft – moet een losse verzameling van ‘ikken’ op enig moment in de beraadslaging veranderen in een ‘wij’. Een mensenmassa die zich toelegt op het vervaardigen van een constitutie is, in de woorden van Schmitt, altijd een ‘formlos Formende’; in het proces van constitutievorming ligt besloten dat zich een *subject* van een constitutionele orde aandient.¹¹³ Het is, zoals de Tilburgse hoogleraar rechtsfilosofie Hans Lindahl uitlegt, echter ‘nonsense to speak about a collective as the *subject* of constituent power without presupposing unity’.¹¹⁴ Hoezeer individuele mensen ook van elkaar verschillen op religieuze of culturele gronden, ergens moet er een punt van verwantschap zijn – een ‘we-consciousness’ – dat hen in staat stelt als gemeenschap op te treden en, eenmaal in de rechtsorde, deze orde als de hunne te beschouwen.¹¹⁵

Arendt, zoveel is duidelijk, bestrijdt deze analyse. Door eenheid als voorwaarde te stellen komt de discussie namelijk weer terecht bij de noodzaak van een absolute, soevereine grootheid. Volgens de politieke denkster is de kwintessens van wetten nu juist dat *zij* deze eenheid bewerkstelligen. Het Romeinse volk, zo stelt zij, dankte zijn bestaan en eenheid aan een verbintenis tussen patriciërs en plebs, de beroemde wet van de Twaalf Tafelen; als subject van de Ro-

¹¹¹ In de woorden van de eminente Duitse staatsrechtjurist Böckenförde: ‘Es ist eine eigenartige Vorstellung, die notwendige – und als notwendig anerkannte – Legitimation der Verfassung könne auf einen einzigen Punkt, ihre (revolutionäre) Entstehung zusammengezogen werden, von da ab aber gelte die Verfassung gewissermaßen selbsttragend, unabhängig vom Fortbestand dieser Legitimation.’ Zie Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, 99.

¹¹² *Supra*, § 2.3.1.

¹¹³ Schmitt, *Verfassungslehre*, 81.

¹¹⁴ Hans Lindahl, ‘Acquiring a Community: The *Acquis* and the Institution of European Legal Order’, 9 *European Law Journal* (2003) 433, 446.

¹¹⁵ Zie Hermann Heller, ‘Political Democracy and Social Homogeneity’, in: Jacobsen en Schlink, *Weimar*, 261.

HOOFDSTUK 2

meinse constitutie bestond het goed beschouwd dus niet.¹¹⁶ Nogmaals vanuit conceptueel opzicht is het echter de vraag of dit wel vol te houden is. Om de beitel ter hand te kunnen nemen, ontkwamen ook de patriciërs en het plebs er niet aan zich eerst al als een ‘wij, *senatus populusque Romanus*’ te presenteren.¹¹⁷ Uiteraard heeft het iets hooghartigs om de Romeinen aan het begin van de 21^e eeuw via een omweg voor te houden dat hun perceptie van hun totstandkomingsgeschiedenis rechtsfilosofisch gezien op drijfzand berustte. De notie van soevereiniteit is onlosmakelijk verbonden met de moderniteit.¹¹⁸ Dat er een constitutioneel schemergebied is waarin dit grensvraagstuk opdoemt, kon misschien wel alleen aan het licht komen omdat zich eerst een aardverschuiving had voorgedaan in de beleving van religie en vervolgens, op de fundamenteën van deze belevingswereld, een proces van secularisering optrad. Door deze combinatie van factoren maakten mensen namelijk kennis met ‘the figure of a sovereign who is somehow ‘transcendent in the immanence’’ – of, om de befaamde omschrijving van Thomas Hobbes te gebruiken, met een ‘mortal God’.¹¹⁹

Ondertussen heeft Arendt ook weer niet geheel ongelijk wanneer zij, in navolging van bijvoorbeeld Kelsen, zegt dat het wetten zijn die eenheid bewerkstelligen en niet andersom. Zoals eerder al werd besproken, zit een democratische theorie die de vorming van een rechtsorde als een creatie *ex nihilo* voorstelt namelijk met het probleem van de schijnbare onontkoombaarheid van representatie. Om als een subject – een ‘wij’ – te kunnen opereren, moet er eerst een wil worden toegeschreven aan dit subject. En dit gaat niet zonder zo’n subject eerst te *constitueren*. Wie tot de *pouvoir constituant* behoort, kan logischerwijze niet door de *pouvoir constituant* zelf, op basis van overleg, vastgesteld worden; daar is een voorafgaande beslissing voor nodig die duidelijk maakt waar precies de grens ligt tussen ‘wij’ en ‘zij’.¹²⁰ Nog een keer in de woorden van Lindahl: ‘Unity is always a *constituted* unity, and deliberation by citizens cannot begin without the constitution of unity.’¹²¹ Dit gegeven leidt volgens Lindahl vervolgens tot de hierboven reeds beschreven paradox dat ‘self-constitution begins as the

¹¹⁶ Arendt, *On Revolution*, 188-189.

¹¹⁷ Maar zie Hans Lindahl, ‘The Paradox of Constituent Power: The Ambiguous Self-Constitution of the European Union’, 20 *Ratio Juris* (2007) 485, 491-492, die bespreekt hoe Arendt elders dan in *On Revolution* toch lijkt te realiseren dat een zekere vorm van representatie bij de stichting van een politieke gemeenschap onvermijdelijk is.

¹¹⁸ Vgl. Hermann Heller, ‘The Essence and Structure of the State’, in: Jacobsen en Schlink, *Weimar*, 277-278, die dit punt maakt met betrekking tot de Middeleeuwen.

¹¹⁹ Buijs, ‘Que les Latins appellent maiestatem’, 243-247.

¹²⁰ Zie Lindahl, ‘Constituent Power and Reflexive Identity’, in: Loughlin en Walker, *The Paradox of Constitutionalism*, 18: ‘(T)here is no first-person plural perspective in the absence of an act that effects a closure by seizing the initiative to say *what* goal or interest joins together the multitude into a people, and *who* belongs to the people.’

¹²¹ Hans Lindahl, ‘Sovereignty and Representation in the European Union’, in: Loughlin en Walker, *The Paradox of Constitutionalism*, 94.

constitution of a political unity through a legal order, not as the constitution of a legal order by a political unity.¹²²

Op Lindahls conclusie dat eenheid altijd geconstitueerde eenheid is, valt weinig af te dingen. Zelfs Schmitt lijkt deze logica te onderkennen, blijkens zijn eerder aangehaalde opmerking dat politieke eenheid niet in de natuur voorhanden is, maar berust op een menselijke beslissing.¹²³ Waar, zoals het adjectief ‘menselijke’ al aangeeft, wel over te twisten valt, is in hoeverre deze constituerende handeling *normatief* van aard is – dat wil zeggen in hoeverre de ‘self-constitution (...) of a political unity’ ook daadwerkelijk ‘through a *legal order*’ geschiedt. Dwingt de noodzaak tot representatie – want dat is wat er aan de orde is wanneer macht geconstitueerde macht vormt – een politieke eenheid in het keurslijf van een constitutie of kan deze vertaalslag ook buiten de grenzen van het recht plaatsvinden? Het antwoord op deze vraag hangt onder andere af van de manier waarop deze vertaalslag in temporele zin wordt geduid. Lindahl benadrukt dat het onmogelijk is dat een volk ooit zelf aanwezig is op het moment dat het zichzelf constitueert. Wat hem betreft, is een ‘wij’ altijd ‘*absent* as a unity in action’.¹²⁴ Er moet iemand op een balkon gaan staan en de claim op tafel leggen dat er een gemeenschap is die handelt. Dit, op zijn beurt, zou meebrengen dat de betreffende gemeenschap dus pas ontstaat nadat eerst als norm is neergelegd dat dit het geval is. De Griekse rechtsfilosoof Emilios Christodoulidis verzet zich tegen deze beschrijving. Hoewel hij op zich onderschrijft dat ‘there is always inevitably a performative element in any invocation of the ‘we’’, is zijn zorg dat Lindahl ‘trades in too much of the constituent in the process’.¹²⁵ Ja, zo citeert Christodoulidis de Franse filosoof Claude Lefort, een *demos* heeft een ‘institutie’ nodig om ‘se mettre en scène’. Maar, merkt hij tegelijkertijd op, omdat representatie betrekking heeft op een context die politieke actie veronderstelt, voert het te ver om hieraan de conclusie te verbinden dat een *pouvoir constituant* een eigen, fysieke dimensie kan worden ontzegd. Want ‘how does one inaugurate an act of self-definition in a context that has no room for it?’¹²⁶

Voor de vraag wat de waarde is van het leerstuk van soevereiniteit voor de beoefening van het constitutionele recht doet de kwestie wat eerst komt, constituerende macht of geconstitueerde macht, uiteindelijk niet wezenlijk ter zake. Waar het om gaat, is dat het spel tussen deze twee machten een reflexief proces is – dat beide grootheden in een afhankelijke relatie tot elkaar staan. Elke poging om ofwel het recht categorisch boven de politiek te plaatsen ofwel de politiek boven het recht, is van meet af aan tot mislukken gedoemd. Niet omdat, zoals

¹²² Lindahl, ‘Constituent Power and Reflexive Identity’, 22.

¹²³ *Supra*, vn. 48.

¹²⁴ Lindahl, ‘Constituent Power and Reflexive Identity’, 18.

¹²⁵ Christodoulidis, ‘Against Substitution’, 189, 202; 204. Zie van dezelfde auteur ook: ‘Constitutional Irresolution: Law and the Framing of Civil Society’, 9 *European Law Journal* (2003) 401.

¹²⁶ *Ibid.*, 204.

HOOFDSTUK 2

door Arendt beweerd wordt, ‘the seat of power’ kan worden losgemaakt van de ‘source of the law’, maar omdat ‘power’ niet ‘norm-less’ kan worden voorgesteld en ‘law’ niet ‘content-less’.¹²⁷

De hier geciteerde woorden zijn afkomstig van Hermann Heller (1891-1933), een tijdgenoot van Kelsen en Schmitt uit de Weimartijd en iemand die in intellectueel opzicht een positie innam tussen de laatste twee tegenpolen.¹²⁸ Enerzijds was Heller een gepassioneerd criticus van Schmitts ‘normlosen Dezinismus’. Volgens Heller miskende Schmitt hiermee ten enenmale dat politieke wils- en besluitvorming enkel tot wasdom kan komen achter de beschutting van een door rechtsregels en instituties georganiseerde staat.¹²⁹ Politieke existentialiteit, aldus Heller, kan niet zonder normativiteit.¹³⁰ Anderzijds had Heller echter ook weinig op met de ‘staatlosen Normlogik’ van Kelsen.¹³¹ Diens pogingen om een waardevrije, positivistische rechtstheorie te ontwerpen gaven in zijn ogen blijk van een onvermogen om te erkennen dat een inherente eigenschap van het recht nu juist is dat het zichzelf niet kan verklaren. Niet voor niets spreekt men van *positief* recht. Hierin ligt besloten dat recht, om te kunnen gelden, eerst *gesteld* moet worden. Uiteindelijk verwijt Heller zijn beide collega’s een veel te formele en eendimensionale kijk op het recht. Kelsen omdat deze liberalisme in juridische zin zo beperkt opvatte, dat recht enkel in relatie staat tot het individu waardoor uit beeld verdwijnt dat een rechtsorde in de moderne wereld *mensen* en geen *menswerk* is.¹³² Schmitt omdat deze door een formeel, positivistisch rechtsstaatidee tot speerpunt van zijn constitutionele kritiek te maken, er aan voorbij gaat dat de rechtsstaat in de kern een materiële idee is, die onontbeerlijk is voor het functioneren van een democratie.

Hellers strijd tegen een constitutionele theorie ‘ohne Staat und ohne Recht’¹³³ maakt dat hij te boek staat als aanhanger van de staatssoevereiniteitsleer. In inhoudelijke zin is dat een wat ongelukkige kwalificatie. Eerdere aanhangers van deze leer zoals Jellinek waren over het algemeen veel meer georiënteerd op een positivistische benadering van het recht en staan daardoor dichter

¹²⁷ Hermann Heller, ‘The Essence and Structure of the State’, in: Jacobsen en Schlink, *Weimar*, 277. Vgl. ook Neil Walker, ‘The Idea of Constitutional Pluralism’, 65 *Modern Law Review* (2002) 317, 340-341.

¹²⁸ Zie over Heller: Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*; Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, 114-116.

¹²⁹ Hermann Heller, *Staatslehre* [1934] (Leiden: A.W. Sijthoff 1963) 228-237.

¹³⁰ Ibid., 253 (‘Es gibt keine politische Verfassung, die eben als Seinszustand nicht normgeformtes Sein, d.h. aber neben einer bloss normalen auch eine normierte Tätigkeitsform wäre.’)

¹³¹ Beide kwalificaties zijn afkomstig van Gerhart Niemeyer, een leerling van Heller die een voorwoord schreef bij het in 1934 postuum verschenen hoofdwerk van Heller, *Staatslehre*.

¹³² Heller, *Staatslehre*, 182-186.

¹³³ Heller, *Die Souveränität: Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts* (Berlijn: De Gruyter 1927) 7.

bij Kelsen dan bij Heller.¹³⁴ Kenmerkend daarentegen aan Heller is zijn vrij eclectische insteek. Weliswaar waakt hij ervoor de soevereiniteit, zoals Schmitt doet, in een democratie ondubbelzinnig bij het volk te plaatsen, de ‘Staatsorganisation’ die hij als subject van soevereiniteit aanwijst is zeker niet alleen te verstaan als een juridisch construct. Ook en misschien wel vooral is de soeverein een ‘politische Entscheidungseinheit’ die, wil zij levensvatbaar zijn, een grondslag moet hebben in een bepaalde mate van sociale homogeniteit tussen de dragers van de staat, de leden van de politieke gemeenschap.¹³⁵ Zonder politieke legitimiteit geen recht. Alles bij elkaar maakt dit Heller tot een denker die als één van de eersten heeft ingezien of althans heeft benoemd dat de beoefening van het staatsrecht een inherent dialectische aangelegenheid is.¹³⁶ In de woorden van Heller zelf:

‘Das zentralste Problem aller Rechtstheorie, die Frage nach dem Verhältnis von Wille und Norm ist also für die souveräne Rechtsetzung nur dadurch zu lösen, dass der Staatswille auch wirklichkeitswissenschaftlich als dialektischer Einheit beider verstanden wird. Die Autorität des souveränen Staatswillens, seine Eigenschaft als “höchsten” Macht, gründet sich auf seine Legitimität.’¹³⁷

Hellers focus op de staat komt anno nu wellicht wat archaïsch over. En er is ook wel beweerd dat zijn denken geen ruimte laat voor een eigen constitutionele ontwikkeling van de EU.¹³⁸ Of dat zo is, valt nog te bezien. Wat hier wordt uitgelicht, is dat de staatsconceptie van Heller in belangrijke mate doortrokken lijkt te zijn van het inzicht dat liberalisme, de vrijheidstheorie waar Schmitt, Kelsen en ook Arendt op de één of andere manier tegenop lopen, niet noodzakelijkerwijze de antithese van soevereiniteit vormt.¹³⁹ Rede en wil, rechtsstaat en democratie – het zijn twee kanten van dezelfde medaille.

¹³⁴ Vgl. Christoph Schönberger, ‘Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille. Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende’, in: Stanley L. Paulson en Martin Schulte, *Georg Jellinek: Beiträge zu Leben und Werk. Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts* (Tübingen: Mohr Siebeck 2000) 3.

¹³⁵ Heller, *Staatslehre*, 242-246.

¹³⁶ Rousseau ging hem in zekere zin al voor. Door voor de binding van een volk aan het maatschappelijk verdrag de hulp van een quasi-goddelijke ‘wetgever’ in te roepen, lijkt de Geneefse denker echter niet bereid om dezelfde conclusie als Heller te trekken.

¹³⁷ Heller, *Staatslehre*, 192.

¹³⁸ Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, 116.

¹³⁹ Zie ook Ulrich Haltern, ‘Tomuschat's Traum: Zur Bedeutung von Souveränität im Völkerrecht’, in: P.M. Dupuy (red.), *Völkerrecht Als Wertordnung – Common values in International Law. Festgeschrift für Christian Tomuschat* (Kehl am Rhein: Engel 2006) 875-879.

HOOFDSTUK 2

2.6.2 *Twee gezichten van liberalisme*

Begripsmatig komt het wellicht wat onscherp en weinig onderscheidend over om liberalisme zo'n ruime lading mee te geven dat zowel rede als wil hier belangrijke pijlers van vormen. Zoals het debat tussen Schmitt en Kelsen laat zien, werd de stroming, zeker gedurende de negentiende eeuw en de eerste helft van de twintigste eeuw, in de doctrine overwegend geassocieerd met de eerste notie. Liberalisme, dat was rechtsstaat, rechtspositivisme en, als dan van soevereiniteit moest worden gesproken, soevereiniteit van de rede.¹⁴⁰ De denkrichting werd door veel mensen, aanhangers en tegenstanders, moeizaam te verzoenen geacht met de, mogelijk, irrationele gemeenschappelijke wil die zich openbaart in een democratie gebaseerd op volkssoevereiniteit.¹⁴¹ Dit doctrinaire overwicht, dat inderdaad evident aanwezig is, maakt bovenstaand punt beweerdelijk echter niet tot een halfzachte redenering. Blootlegging van de paradoxale structuur van soevereiniteit verheldert juist waar theorieën die een vaste positie kiezen in het debat over de relatie tussen politiek en recht eerder zaken toedekken. Kern van de liberale idee is – of was in ieder geval ooit – dat in een wereld waar God niet meer voor orde, eenheid en recht zorgt, mensen dat zelf doen. Die opgave vergt een denkexerctie die noch een 'might over right'-narratief noch een 'right over might'-narratief kan maken.

Neem, om deze these nog eens te verduidelijken, het door Schmitt, maar ook door verschillende van zijn theoretiserende voorgangers verdedigde argument dat parlementarisme, het onder de negentiende-eeuwse burgerij favoriete model voor representatie van het algemene belang van een natie, inherent anti-democratisch van aard is. Dit, in de woorden van Hoogers, omdat parlementarisme uitgaat 'van een delibererend volk' en 'discussie en overleg (...) als de zekerste tekenen van het verval van de algemene wil in een volk' kunnen worden beschouwd, daar 'de wil (...) geen rationele wil' is.¹⁴² Het conceptuele beeld dat hierboven, aan de hand van Lindahl en Heller, werd geschetst, suggereert echter dat dit een schijntegenstelling vormt. Wil een volk soeverein en

¹⁴⁰ Zie uitgebreid hierover hfdst. 8 in Hoogers, *De verbeelding van het soevereine*.

¹⁴¹ Deze gedachte kom je ook tegen bij denkers die, om aan deze tegenstelling te ontkomen, een derde vrijheidsideologie onderscheiden: republikanisme. Anders dan liberalisme (geen oog voor het collectief) en communitarisme (geen oog voor het individu) zou deze stroming, die teruggaat tot de dagen van Cicero en later bijvoorbeeld ook in de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden omarmd zou zijn, in het teken staan van 'non-domination' en aldus draaien om een evenwicht tussen individu en collectief. Zie Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford: Oxford University Press 1997). Pettit erkent in zijn boek, op p. 9-10, echter ook dat er een liberale stroming is – hij noemt dit 'left-of-centre-liberals' – die grotendeels beantwoordt aan de republikeinse geest. Dit boek blijft, omwille van een goed begrip van het fenomeen volkssoevereiniteit, vasthouden aan de keuze voor liberalisme. Deze keuze valt zo uit omdat 'liberalisme' beweerdelijk beter dan 'republikanisme' verbeeldt dat het bij vrijheid deels ook draait om *preconstitutionele* vrijheid.

¹⁴² Hoogers, *De verbeelding van het soevereine*, 307.

democratisch zijn – irrationeel willen – dan ontkomt het allereerst niet aan representatie. Mensen die samen als ‘wij’ door het leven willen gaan, kunnen deze beslissing zelf fysiek niet nemen. Met representatie – en dit kwam nog niet expliciet ter sprake – is een volk dat zulke pretenties heeft in de tweede plaats ook aangewezen op deliberatie, op enig moment in ieder geval. Tenzij, zoals bij Rousseau in *Du contrat social* gebeurt, een beroep wordt gedaan op een aan het soevereine volk externe grootheid om deze daad te verrichten, zal het in representatie genomen besluit tot constituering van een *pouvoir constituant* enkel tot stand kunnen komen onder rationele voorwaarden. Worden die voorwaarden niet geformuleerd – ontbreekt het uitzicht van een ‘soeveränen Staatswillens’ op ‘Legitimität’ – dan ontvalt namelijk op hetzelfde moment dat geconstitueerd wordt de bestaansgrond aan een democratie.

Het ingebakken rationele karakter van wilsvorming kwamen we eerder ook al kort tegen bij Montesquieu, die betoogde dat democratie, inhoudelijk gezien, alleen maar kan gedijen in een klimaat dat rechtsstatelijk is geordend.¹⁴³ Van Montesquieu is bekend dat hij, anders dan bijvoorbeeld Locke en Rousseau, geen principieel aanhanger was van de idee van volksmacht. Het ging de Franse baron erom dat vrijheid verzekerd was en dat kon wat hem betrof ook in een monarchaal systeem gebeuren.¹⁴⁴ Op grond van wat in dit hoofdstuk de revue is gepasseerd – denk even terug aan het onderscheid dat Arendt maakte tussen de Engelse *Glorious Revolution* en de Amerikaanse en Franse revoluties – kan dat oordeel echter worden betwist. Net zo goed als democratie niet wezenlijk anti-rationalistisch kan zijn, kan liberalisme ook niet werkelijk anti-democratisch zijn. De wortels van de ideologie liggen in een tijd dat de mens een overgang maakte van een wereld waarin de realiteit van God als een absolute zekerheid werd ervaren, ook door wetenschappers, naar een seculiere tijd, waarin hij op zichzelf is aangewezen.¹⁴⁵ Deze overgang dwong hem iets aan te boren dat

¹⁴³ *Supra*, § 2.4.2. Bovenstaand inzicht wordt nog meer in conceptuele zin op overtuigende wijze uitgewerkt door Lindahl, ‘Constituent Power and Reflexive Identity’, 21-24. Zie uitgebreider hierover *infra*, § 8.3.1.

¹⁴⁴ Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 30-31

¹⁴⁵ Zie in algemene zin Charles Taylor, *Een Seculiere Tijd* (Rotterdam: Lemniscaat 2010), vertaald uit het Engels door Marjolijn Stoltenkamp. Wanneer deze overgang plaatsvond is onder historici overigens omstreden. In dit proefschrift wordt dit moment gezocht in de 16^e en 17^e eeuw, het tijdvak van de Reformatie en later het begin van de Verlichting. Volgens de Nijmeegse mediëvist Peter Raedts is dat te vroeg en begon de moderne tijd pas met het uitbreken van de Amerikaanse en Franse Revoluties. In een bijdrage gewijd aan de onlangs overleden Franse historicus Jacques Le Goff, concludeert Raedts: ‘(d)e Middeleeuwen waren veel moderner en de Renaissance was veel middeleeuwer dan wij meestal aannemen, beide tijdperken overlappen elkaar. (...) (D)e grote breuk in de Europese geschiedenis (was) niet in 1500 (...) maar in 1800.’ Zie Peter Raedts, ‘Volgens Le Goff bracht Renaissance niks nieuws’, *NRC Handelsblad* 12 en 13 april 2014, W7. Deze studie heeft niet de pretentie in deze kwestie een gezaghebbend oordeel te vellen. Waar het vooral om gaat, is *dat* er op een gegeven moment een overgang is geweest van ‘oude’ tijd naar ‘nieuwe’ tijd, waarin een christelijk wereldbeeld werd ingeruild voor een seculier en liberaal wereldbeeld.

HOOFDSTUK 2

voorheen nog veilig was ingebed in Gods zijnde: zijn rede. En deze rede fluis-terde hem in dat, nu niet meer blind kon worden vertrouwd op de orde die met God zou zijn gegeven, hij zich voortaan *in gemeenschap met zijn medemens* diende toe te leggen op het bouwen hiervan. Zonder orde namelijk geen samen-leven met je medemens, en zonder samenleven met je medemens geen moge-lijkheid om te genieten van de naar aanleiding van de teloorgang van de christe-lijke republiek verworven natuurlijke, individuele vrijheid.¹⁴⁶

Dit klinkt misschien allemaal wat ahistorisch. Zoals in het vorige hoofdstuk naar voren kwam, vulden aanvankelijk voornamelijk absolute vorsten het vacu-um dat door het middeleeuwse constitutionalisme werd achtergelaten. Aan het einde van dat hoofdstuk werd toen echter ook al de voorzichtige analyse ont-vouwd dat deze vorsten vermoedelijk slechts een overgangsrol speelden.¹⁴⁷ De representatiefunctie die vorsten, naar eigen zeggen, soms tot diep in onze tijd vervulden, bestond bij gratie van de almacht van God.¹⁴⁸ Vorsten waren dus in feite plaatsvervangers van een soevereine God.¹⁴⁹ Deze soevereine God, echter, was door de Reformatie en ontwikkelingen in de Middeleeuwen zelf van zijn troon gevallen. Dit was een besef dat aan het begin van de zeventiende eeuw op verschillende terreinen was doorgedrongen, in de eerste plaats in de wetenschap. Maar, zo stelt Arendt, ‘the strange pathos of novelty, so characteristic of the modern age, needed almost two hundred years to leave the relative seclusion of scientific and philosophic thought and to reach the realm of politics.’¹⁵⁰ Anders gezegd: het duurde enige tijd voordat binnen het politieke domein het besef landde wat de betekenis was van de omwenteling in het denken die zich als gevolg van de Reformatie in volle hevigheid was gaan manifesteren. Toen dit inzicht eindelijk eenmaal was geland, aan het einde van de achttiende eeuw, zal de notie van een *soevereine* vorst tijdgenoten onlogisch zijn voorgekomen. Al-leen al het feit dat de vorst, formeel gesproken, een zuiver representatieve rol vervulde, maakte hem ongeschikt voor deze ten principale preconstitutionele eigenschap.¹⁵¹

Aan het begin van de negentiende eeuw was het, met name op het Europese continent, ongetwijfeld niet eenvoudig om de gedachte van, in de kern, onge-breidelde volksmacht te associëren met de vrijheid van de rationele, individuele mens. Door de terreur van het *Comité de salut public* en de megalomanie van Napoleon had het geloof in de heilzame werking van de democratie een behoor-

¹⁴⁶ Deze redenering kwam hierboven, in § 2.4.1, ook naar voren bij de bespreking van het denken van Hans Kelsen.

¹⁴⁷ *Supra*, § 1.7.

¹⁴⁸ Hans Lindahl, ‘Vorst, op God na: Politieke macht en de symbolisering van soevereiniteit’, 26 *Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* (1997) 122-136.

¹⁴⁹ Zie uitgebreider over dit punt: § 8.3.

¹⁵⁰ Arendt, *On Revolution*, 39.

¹⁵¹ Zie over de vanuit de Middeleeuwen overgekomen representatieve functie van de vorst: Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology* [1957] (Princeton: Princeton University Press 1997).

lijke knauw gekregen. Hoe begrijpelijk ook, het blijft achteraf enigszins merkwaardig en tamelijk ironisch dat de op de soevereiniteit van het volk geënte theorieën van Rousseau en Sieyès aanvankelijk opzij werden gezet voor een theorie met de naam soevereiniteit van de rede.¹⁵² Diezelfde rede had in een eerdere periode namelijk nog binnen de politieke filosofie garant gestaan voor kenmerkende noties voor het fenomeen democratie en volkssoevereiniteit als politieke gelijkheid en, uiteindelijk ook, ongebondenheid aan het recht, dat daarmee in beginsel eveneens een irrationele grondslag had.¹⁵³

2.7 Soevereiniteit en internationaal recht

Het door liberalisme gecreëerde spanningsveld tussen norm en feit kom je ook tegen aan de buitenkant van de door recht geordende samenleving, in de relatie tussen nationaal recht en internationaal recht. Dit is mooi beschreven in het nog altijd zeer actuele *From Apology to Utopia*, van de bekende Finse volkenrechtjurist Martti Koskenniemi. ‘The fundamental problem of the liberal vision’, aldus Koskenniemi, ‘is how to cope with what seem like mutually opposing demands for individual freedom and social order.’¹⁵⁴ De paradox die als oplossing uit de bus kwam – ‘to preserve freedom, order must be created to restrict it’¹⁵⁵ – is volgens de Finse wetenschapper evengoed geldig op het internationale vlak. Evenals nationale orde bestaat ook internationale orde primair ter conservatie van de uit een normatieve universele orde losgezongen ‘individuen’, in dit geval staten. De gebeurtenis die deze transformatie als vanouds verbeeldt, is de Vrede van Westfalen uit 1648. ‘At Westphalia’, stelt Koskenniemi, ‘the sovereigns made a social contract’.¹⁵⁶ Uitgeput door dertig jaar zeer bloedige oorlog,¹⁵⁷ trokken de Europese machten tijdens deze conferentie het fundament onder de *Respublica Christiana* vandaan – er werd overeengekomen dat universele waarden geen reden meer vormden om te interveniëren in interne aangelegenheden van staten – en werd de anormatieve Ausgangssituation die dat opleverde – alle staten zijn vrij en gelijk in de natuurtoestand – onmiddellijk aangegrepen om

¹⁵² Zie *supra*, § 1.5.

¹⁵³ Vgl. Stephen Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism* (Cambridge: Harvard University Press 1993), die de degen kruisend met onder andere Schmitt, zich, omgekeerd, op de achterflap van zijn boek afvraagt hoe liberalisme, ‘the grand democratic ideal’, ooit een ‘dirty word’ heeft kunnen worden.

¹⁵⁴ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The structure of international legal argument* [1989] (Cambridge: Cambridge University Press 2005) 71.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Ibid., 94.

¹⁵⁷ Waarschijnlijk een kwart van de inwoners van de Duitse landen kwam tijdens deze strijd om.

HOOFDSTUK 2

afspraken te maken die het principe van soevereine gelijkheid institutionaliseren en konden waarborgen.

Hoe geloofwaardig is het om de Vrede van Westfalen – of, vertaald naar de wereld van vandaag, het Handvest van de Verenigde Naties – te beschouwen als een maatschappelijk verdrag tussen staten? Essentie van het *contrat social* van Rousseau is dat de partijen hierbij al hun individuele vrijheden in dienst stellen van een ‘*volonté générale*’; van de oprichting van een politiek lichaam. In het kader van het internationale recht kan men lang naar zo’n algemene wil zoeken. Begin- en eindpunt van het volkenrecht is, nog steeds, in belangrijke mate de onafhankelijkheid van het staat-individu. Er valt, anders dan in nationale ordes, niet één-twee-drie een constitutie aan te wijzen waarin instituties met de bevoegdheid tot regelgeving worden geconstitueerd.¹⁵⁸ Bovendien, meer principieel: zou onderwerping van een politieke gemeenschap aan een externe, internationale norm ook niet volledig haaks staan op het principe van soevereiniteit? Rousseau formuleerde dit als volgt:

‘Daar echter het staatslichaam of de soeverein zijn bestaan slechts ontleent aan de heiligheid van het contract, kan het zich nooit, zelfs niet tegenover anderen, verplichten tot iets dat ingaat tegen de oorspronkelijke contractsdaad, bij voorbeeld een deel van zichzelf vervreemden of zichzelf onderwerpen aan een andere soeverein. Door afbreuk te doen aan de daad waaraan het zijn bestaan dankt, zou het lichaam zichzelf vernietigen, en wat niets is brengt niets voort.’¹⁵⁹

Rousseau is niet de enige denker die, met de soevereiniteit van een politieke gemeenschap als vertrekpunt, tot de conclusie kwam dat staten onderling in een feitelijke, zo men wil privaatrechtelijke, context tegenover elkaar staan. Ook Hobbes was dit van mening, zoals blijkt uit zijn uitspraak dat ‘the law of nations, and the law of nature (...) the same thing’ vormden.¹⁶⁰ De figuur van het maatschappelijk verdrag, zo bleek hierboven al, is in conceptueel opzicht echter ook kwetsbaar. De preconstitutionele daad van aaneensluiting door nog vormeloze stichters die voor het verdrag nodig is, veronderstelt – denk even terug aan de woorden van Lindahl – zelf in zekere zin een constructie door een norm. Zonder een norm die de voorwaarden schept waaronder *eenheid* kan bestaan, kan er namelijk van sluiting geen sprake zijn.¹⁶¹ Hoewel eenheid niet het eerste is waar aan je denkt bij een orde die geen *universum* maar *pluriversum* preten-

¹⁵⁸ Vgl. Wouter G. Werner en Ramses A. Wessel, *Internationaal en Europees Recht: Een verkenning van grondslagen en kenmerken* (Groningen: Europa Law Publishing 2005) 13-14.

¹⁵⁹ Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag*, 59.

¹⁶⁰ *Leviathan*, Deel II, hfdst. 30, 235. Vgl. ook Theodore Christov, ‘Vattel’s Rousseau: *ius gentium* and the natural liberty of states’, in: Quentin Skinner en Martin van Gelderen (red.), *Freedom and the Construction of Europe* (Cambridge: Cambridge University Press 2013) 167-171. Zie ten slotte Schmitt, *Het begrip politiek*, 86-91.

¹⁶¹ *Supra*, vn. 120.

deert te zijn, lijkt dit dialectische aspect zich ook te wreken bij pogingen om internationaal recht op te zetten vanuit een ‘might over right’-vertoog. Zeker, als staten met elkaar een verdrag sluiten, doen zij dat in beginsel op grond van aan verschillende maatschappelijke verdragen ontleende, particuliere bevoegdheden tot verdragssluiting. Zonder de aanwezigheid van een extern referentiepunt valt evenwel moeilijk in te zien hoe de *individuele wil* van staten ooit de *gezamenlijke wil* van staten kan worden die nodig is om blote macht in recht te laten overgaan. ‘There has to be an external rule according to which the expressed will by a sovereign state counts as a valid way to be bound by an international agreement.’¹⁶² Zou zo’n referentiepunt er niet zijn en de geldigheid van verdragen afhankelijk zijn van gedrag van individuele staten, dan – en hier wordt weer aangesloten bij Koskenniemi – ontbreken de voorwaarden waaronder het überhaupt mogelijk is om een seculiere, pluriverse *orde* van staten te hebben.¹⁶³

Schmitt vond deze redenering nonsens. De internationale *Grundnorm* die door bovenstaand beeld oprijst, het principe van *pacta sunt servanda*, was in het interstatelijke verkeer misschien een vanzelfsprekendheid, maar daarmee nog geen norm. Ware dat wel het geval, dan zou dat betekenen dat ‘nicht der konkrete Vertrag gilt, sondern nur die allgemeine “Norm”, daß Verträge gelten’. En dat, zo betoogt Schmitt, is een ‘leere Fiktion’. Een verdrag geldt omdat het krachtens positief recht is uitgevaardigd door daartoe bevoegde organen.¹⁶⁴ Een andere opvatting zou volgens hem leiden tot de juridisch moeilijk houdbare aanname dat ‘jede Norm gilt, weil die Allgemeine Norm gilt, daß es Normen gibt, die gelten sollen (...)’.¹⁶⁵ Hier vond hij wederom Kelsen op zijn pad. Waar Schmitt rechtspositivisme als functie van menselijke beslissingsmacht beschouwde – en een internationale *Grundnorm* alleen maar verklaarbaar achtte met een beroep op subjectief natuurrecht – stelde de Oostenrijkse rechtsgeleerde omgekeerd juist dat de veronderstelling van zo’n *Grundnorm* de enige manier was voor de jurist om te ontsnappen aan het subjectieve karakter van soevereini-

¹⁶² Ramses A. Wessel, ‘The multilevel constitution of European foreign relations’, in: N. Tsagourias (red.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press 2007) 176, die zich hierbij verlaat op de denkbeelden van de bekende Oostenrijkse volkenrechtjurist Alfred Verdross. Vgl. ook Bruno Simma en Dirk Pulkowski, ‘Of Planets and the Universe. Self-contained Regimes in International Law’, 17 *The European Journal of International Law* (2006) 529.

¹⁶³ Zie uitgebreid hfdst. 4 in *From Apology to Utopia*.

¹⁶⁴ Ook voor internationaal gewoonterecht is de instemming van staten nodig. De enige uitzondering op deze regel is *ius cogens*, waar staten, beweerdelijk, ook tegen hun wil aan kunnen worden gebonden. Ook de grondslag van *ius cogens* kan uiteindelijk evenwel ter discussie worden gesteld. De grondslag van de verbindendheid van *ius cogens* kan namelijk ook ‘gewoon’ tot een verdragsrechtelijke bepaling worden herleid: art. 53 Weens Verdragenverdrag. Bovendien is niet duidelijk welke waarden precies onder *ius cogens* vallen. Vgl. Jan Wouters, ‘Bronnen van internationaal recht’, in: Nathalie Horbach, René Lefebvre en Olivier Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht* (Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007) 95-101.

¹⁶⁵ Schmitt, *Verfassungslehre*, 69-70.

HOOFDSTUK 2

teitstheorieën. Alleen al het ‘feit’ dat de wereld bevolkt wordt door meerdere soevereinen zou volgens Kelsen impliceren dat een voorstelling zoals wordt aangetroffen bij Schmitt niet werkelijk objectief kan zijn.¹⁶⁶

Dat Schmitt en Kelsen ook wat betreft hun beschrijving van de aard van de wereld van het internationale recht onverzoenlijke standpunten innamen, zal niet als een verrassing komen. Zoals in het vorige hoofdstuk reeds werd opgemerkt, zijn er in hun benadering van de kwestie echter ook opvallende overeenkomsten. Hier is het op zijn plaats Koskenniemi uitgebreid te citeren:

‘Though the positions are contradictory, they both move within a distinctly modern *problématique*. Both project a normative model about how the relations between statehood and law should be understood without taking a stand on material justice. But neither positions can be fully accepted and yet not fully rejected, either. Though mutually exclusive, empiricism and conceptualism also rely on each other. Hence, international sovereignty doctrine oscillates constantly between arguments such as Schmitt’s and Kelsen’s. It works with a fluid conception of sovereignty which assumes the correctness of both. Full rejection of Schmitt’s realistic emphasis on decision would make doctrine seem utopian. Moreover, it would fail to give protection to the State’s assumed initial freedom and independence. Full rejection of Kelsen’s argument would make doctrine look apologist; it would fail to distinguish between actual and legitimate decision. It would also fail to protect the equality of other States and to explain the legitimacy of external constraint to State power.’¹⁶⁷

In de vertogen van Schmitt en Kelsen figureren alleen staten. Verandert het beeld dat Koskenniemi hier schetst door de wetenschap dat inmiddels ook tal van internationale organisaties en andere semi-publiekrechtelijke instellingen die normen produceren, deel uitmaken van de internationale gemeenschap? Dat lijkt niet het geval. De toename van volkenrechtelijke normen en organisaties duidt niet automatisch op een afname van soevereiniteit in de wereld. De stelling dat soevereiniteit een achterhaald concept is omdat staten hun macht steeds meer overdragen en delen, miskent waar het leerstuk in juridische zin voor staat.¹⁶⁸ Fysieke, autarkische macht is nooit wat het Westfaalse paradigma dat vanaf halverwege de zeventiende eeuw gestalte begon te krijgen, op het oog heeft gehad. Het uitgangspunt van soevereine gelijkheid verwijst juist naar de mogelijkheid om als elkaars *juridische* gelijken in vrijheid door het leven te gaan. En zulke gelijkheid kan, in het licht van de *feitelijke* ongelijkheid tussen staten, alleen maar bestaan wanneer aan bepaalde normatieve randvolwaarden wordt

¹⁶⁶ Vgl. ook Wildhaber, *Sovereignty and International Law*, 437-438; Ramses Wessel, ‘Internationaal recht in ontwikkeling’, in: Horbach, Lefeber en Ribbelink, *Handboek Internationaal Recht*, 4-5.

¹⁶⁷ Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 227-228.

¹⁶⁸ Vgl., fraai, Wouter G. Werner, ‘State Sovereignty and International Legal Discourse’, in: Ige F. Dekker en Wouter G. Werner (red.), *Governance and International Legal Theory* (Leiden: Martinus Nijhoff 2004) i.h.b. 135-138.

voldaan. De bestaansgrond van deze randvolwaarden volgens het Westfaalse model – en dit is de crux – staan beweerdelijk nog ferm overeind. Ook een internationaal discours dat mensenrechten meer op de voorgrond plaatst of in de aanwezigheid van instituties een soort van internationaal constitutionalisme ontwaart,¹⁶⁹ valt in laatste instantie terug te voeren op een verlangen naar zelfbeschikking. Globalisering – en hier wordt al enigszins voorgesorteerd op conclusies met betrekking tot de EU later in dit boek – zorgt er wellicht voor dat de traditionele vehikelfunctie van staten in dit verband wordt uitgehold, dat maakt de conceptuele noodzaak om op een *bepaalde* manier aan dit verlangen vorm te geven er niet minder op.¹⁷⁰

Een instantie die bovenstaand dilemma een paar jaar geleden fraai verwoordde, is het Duitse *Bundesverfassungsgericht*. In zijn al even genoemde *Lissabon-Urteil* uit 2009 (waarover later in deze studie nog veel meer) overwoog deze rechter het volgende over het leerstuk van soevereiniteit als kernelement van de Duitse grondwet:

‘Das Grundgesetz löst sich von einer selbstgenügsamen und selbstherrlichen Vorstellung souveräner Staatlichkeit und kehrt zu einer Sicht auf die Einzelstaatsgewalt zurück, die Souveränität als „völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit“ auffasst. Es bricht mit allen Formen des politischen Machiavellismus und einer rigiden Souveränitätsvorstellung (...). Das Grundgesetz schreibt demgegenüber die Friedenswahrung und die Überwindung des zerstörerischen europäischen Staatenantagonismus als überragende politische Ziele der Bundesrepublik fest. Souveräne Staatlichkeit steht danach für einen befriedeten Raum und die darin gewährleistete Ordnung auf der Grundlage individueller Freiheit und kollektiver Selbstbestimmung. Der Staat ist weder Mythos noch Selbstzweck, sondern die historisch gewachsene, global anerkannte Organisationsform einer handlungsfähigen politischen Gemeinschaft.’¹⁷¹

Soevereiniteit enerzijds definiëren als ‘völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit’,¹⁷² en anderzijds de notie identificeren met ‘kollektiver Selbstbestim-

¹⁶⁹ Zie e.g. Ernst-Ulrich Petersmann, ‘How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society?’, 20 *Michigan Journal of International Law* (1998) 1-31; Bardo Fassbender, ‘Sovereignty and Constitutionalism in International Law’, in: Walker, *Sovereignty in Transition*; Erika de Wet, ‘The Role of European Courts in the Development of a Hierarchy of Norms within International Law: Evidence of Constitutionalisation?’, 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 284.

¹⁷⁰ Werner, ‘State Sovereignty and International Legal Discourse’, 133 (‘Challenges to the power of the state, therefore, do not necessarily lead to a decline of sovereignty’).

¹⁷¹ BVerfG 30 juni 2009, 123, 167 (*Lissabon*) r.o. 223-224.

¹⁷² Het BVerfG citeert hier de 19^e-eeuwse Duitse jurist Ferdinand von Martitz. Zie verder over deze passage Jan Willem Van Rossem, ‘The Autonomy of EU Law: More is Less?’, in: R. A. Wessel en S. Blockmans (red.) *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations* (Den Haag: Asser Press/Springer 2013) 27-31.

HOOFDSTUK 2

mung' is een paradox. Wat het *Bundesverfassungsgericht* hier suggereert, is dat het Duitse volk zowel gebonden is aan internationaalrechtelijke normen als volledig meester is over zijn eigen lot. Dat lijkt niet goed te combineren. Toch is dit in een notendop wel waar de staatsrecht- én de volkenrechtjurist het mee moeten doen;¹⁷³ als gezegd al sinds het moment dat de *Respublica Christiana* plaats maakte voor een seculier, wereldbeeld. Want het mag zo zijn, zoals het Duitse Hof benadrukt, dat soevereiniteit lange tijd om verklaarbare redenen met 'politischen Machiavellismus' werd geassocieerd, dat wil niet zeggen dat dit ook een accurate juridische beschrijving van de werkelijkheid vormde. Waardoor de orde die gedurende de overgang van de Middeleeuwen naar de moderne tijd tot stand kwam primair gekenmerkt werd, was in rechtsfilosofische en constitutionele zin niet dat vorsten van Bodin een vrijbrief in handen kregen om in volledige ongebondenheid door het recht ten aanzien van binnen- en buitenwereld te staan.¹⁷⁴ Veel wezenlijker was, nogmaals, dat een dynamiek werd gecreëerd die allengs individuele vrijheid als centraal criterium vestigde. Dit verklaart dat in het DNA van soevereiniteit zit dat zij, zoals hierboven eveneens bij Heller naar voren kwam, ook een legitimatie-concept is.¹⁷⁵ De initiële, absolute vrijheid die in een seculiere wereld als vertrekpunt geldt, kan uiteindelijk alleen maar benaderd worden indien voor (rechts)orde wordt gezorgd. Omdat deze orde in het teken staat van genoemde initiële, absolute vrijheid, en niet, zoals ten tijde van de

¹⁷³ Dit betekent dat twee frequent aangehaalde citaten in het debat over externe soevereiniteit – één van het Permanente Hof van Internationale Justitie in de *Lotus*-zaak uit 1927, en één van rechter Anzilotti in een *separate opinion* in de zaak *Customs Régime between Germany and Austria* uit 1931 – allebei in zekere zin waar zijn. In de *Lotus*-zaak werd geoordeeld dat 'rules of law binding upon States (...) emanate from their own free will' en dat '(r)estrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed'. *S.S. 'Lotus' (France v. Turkey)*, 1927, *PCIJ, Series A*. No. 10. Anzilotti verkondigde de visie dat met soevereiniteit wordt bedoeld 'that the State has over it no other authority than that of international law'. Zie *Customs Régime between Germany and Austria*, Advisory Opinion, 1931, *PCIJ, Series A/B*, No. 41, 57.

¹⁷⁴ Armin Cuyvers, 'De botsing van interne en externe soevereiniteit: Europa als keninstrument van soevereiniteit in historisch perspectief', in: Gelijk Molier en Timo Sloatweg (red.), *Soevereiniteit en recht: Rechtsfilosofische beschouwingen* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009) 92-107, benadrukt dat Bodin juist nog in belangrijke mate accepteerde dat de macht van de soevereine vorst om naar buiten toe te handelen werd begrensd door goddelijk en natuurrecht. Dit is zonder meer waar, maar gaat voorbij aan de status van Bodin als 'overgangsfilosoof'. Dat Bodin soevereiniteit niet, zoals later bijvoorbeeld Rousseau, volledig onbegrensd liet, heeft te maken met het feit dat hij, zoals hierboven, *supra* § 1.2, ook ter sprake kwam, nog met één voet in de *Respublica Christiana* stond. Wat Bodin evenwel naam en faam heeft gebracht, is de manier waarop hij soevereiniteit als fundamenteel attribueert van de staat stelde. Het is dit accent waardoor hij in studies over constitutionele en politieke theorie aan de wieg van de moderniteit wordt gesteld. Vgl. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 95-106, over hoe zelfs een natuurrecht denker en volkenrechtjurist als Hugo de Groot niet wezenlijk meer van dit uitgangspunt afweek.

¹⁷⁵ Vgl. Anne Peters, 'Humanity as the α and Ω of sovereignty', 20 *European Journal of International Law* (2009) 513-544.

Respublica Christiana, met God dan wel de natuur is gegeven, is zij echter geen rustig bezit, en bestaat voortdurend het risico dat zij wordt ontsloten.¹⁷⁶ Dit geldt naar ‘binnen’ toe, in de relatie tussen stichters van een orde en instituties die deze stichters representeren, maar evengoed naar ‘buiten’ toe, in de relatie tussen de representanten van de stichters met representanten van stichters van andere staten dan wel organisaties.¹⁷⁷ Hoewel daar soms anders over wordt gedacht, zijn interne en externe soevereiniteit dan ook nog steeds onlosmakelijk met elkaar verbonden.¹⁷⁸

2.8 Conclusie

Soevereiniteit, zo kwam na een tocht langs verschillende denkers naar voren in dit hoofdstuk, is een paradox. De notie refereert aan het vermogen om in volledige ongebondenheid door het recht over een rechtsorde te kunnen beschikken. Dit beschikken is echter alleen maar mogelijk wanneer eerst al de aanwezigheid van de rechtsorde in kwestie wordt verondersteld. *The Task of Foundation*, zoals Hannah Arendt het verwoordde, is vanaf het allereerste moment constitutioneel ingekaderd. Ook al moet tegelijkertijd worden geconstateerd dat Carl Schmitt, die deze suggestie gepassioneerd bestreed, niet ongelijk had toen hij stelde dat de individuele vrijheid van de liberale burgerij in de negentiende eeuw, niets kan constitueren. Weliswaar vormt deze vrijheid in *ultimo* de essentie van democratie, zoals Schmitts intellectuele rivaal Hans Kelsen stelde, scheppingskracht verwerft vrijheid pas als zij collectief wordt uitgeoefend.

¹⁷⁶ Vgl. F.J.F.M. Duynstee, *Grondwetsherziening 1953: De nieuwe bepalingen omtrent de buitenlandse betrekkingen in de Grondwet* (Deventer: Kluwer 1954) 52-54, die beschrijft hoe door de aanvaarding van moderne soevereiniteitstheorieën het natuurrecht niet alleen verdween als grondslag voor verhoudingen binnen de staat, maar ook voor het verkeer tussen staten onderling.

¹⁷⁷ Denk in dit verband aan de verdragstheorie van Thomas Hobbes. Deze had als motief niet zozeer vrijheid, als wel orde en veiligheid. Door, anders dan denkers voor hem, zijn theorie wel heel bewust te laten aanvangen bij de individuele mens, sluipt er bij zijn theorie toch de mogelijkheid in dat de individuen-stichters van de soevereine staat, de *Leviathan*, deze staat met een beroep op hun oorspronkelijke vrijheden kunnen openbreken. Niet voor niets is Hobbes later, door onder andere Carl Schmitt en Leo Strauss, wel aangemerkt als eerste liberaal. Als gezegd ontkent Hobbes, op basis van de soevereiniteit van zijn *Leviathan*, het bestaan van internationale rechtsorde. Zoals nota bene onder meer door Rousseau is opgemerkt, wordt de leer van Hobbes hiermee ‘self-defeating’. Orde en veiligheid, de drijfveren achter zijn maatschappelijk verdrag, verdwijnen namelijk meteen weer uit beeld op het moment dat de ruimte waarin staten tot elkaar staan een ‘state of war’ is. Ook tussen staten moet er dus sprake zijn van normatief cement. Zie Christov, ‘Vattel’s Rousseau’, 169-171.

¹⁷⁸ Anders: Cuyvers, ‘De botsing van interne en externe soevereiniteit’.

HOOFDSTUK 2

Niet iedereen zal dit een bevredigend eindoordeel vinden. Want wat is zo bezien dan nog het houvast dat de hantering van een soevereiniteitsbegrip biedt? Wat is, om een concreet voorbeeld te geven, in dit geval nog de betekenis van het feit dat in de Franse Grondwet staat dat de Franse natie soeverein is?¹⁷⁹ Het gegeven dat de soevereiniteit van de Franse natie (lees: diens recht om in laatste instantie zelf te beschikken over de rechtsorde) in ieder geval deels berust op een ‘speech-act’ – op de uitoefening van een *pouvoir constitué* – maakt haar, conceptueel althans, hoogst instabiel. Zodra een andersluidende constitutionele claim op tafel wordt gelegd, kan vanuit staatsrechtelijk oogpunt om deze reden namelijk niet meer met absolute zekerheid worden gezegd of de positiefrechtelijke vaststelling dat in Frankrijk het Franse volk soeverein is nog wel valide is.

Inderdaad is het zo dat soevereiniteit een deel van haar traditionele eenvoud kwijtraakt als op haar dubbelzinnige werking wordt gewezen. Hiermee is echter niet gezegd dat de notie ook haar glans verliest. Ook nadat het paradoxaal karakter van soevereiniteit is blootgelegd, vormt zij een onmisbaar intellectueel gereedschap om het wezen van de liberale democratische rechtsstaat te kunnen doorgronden en om te begrijpen hoe overheden zich verhouden tot degenen die zij representeren. Anno 2014, in een tijd dat de kreet soevereiniteit in verband met de Eurocrisis ongeveer dagelijks vanaf de politieke bühne op het grote publiek neerdaalt, lijkt een goed begrip van het fenomeen zelfs belangrijker dan ooit; om simplistische voorstellingen over de notie door te kunnen prikken, maar vooral om haar hedendaagse object, het recht op zelfbeschikking, aanschouwelijk te kunnen maken. Sinds de Amerikaanse en Franse Revoluties betekent soevereiniteit namelijk boven alles *volkssoevereiniteit*.¹⁸⁰

Dit boek handelt voornamelijk over de interne zijde van soevereiniteit. In de vorige paragraaf werd echter ook nog even aandacht besteed aan het vraagstuk van externe soevereiniteit. De wijze waarop een staat in en tegenover de buitenwereld staat is uiteindelijk niet veel meer dan een reflectie van het gegeven dat hij in een seculiere, moderne wereld een vehikel vormt voor het recht op zelfbeschikking. In dat licht is het niet zo verwonderlijk dat *Sein* en *Sollen* ook in de verhouding tussen nationaal recht en internationaal recht wederkerig van aard zijn. Dit perspectief kan straks, bij bestudering van de EU, nog van pas komen. Dat vereist wel dat eerst uit de doeken wordt gedaan wat er zo bijzonder is aan de Unie en voor welke conceptuele dilemma’s zij de jurist stelt. Daarmee wordt in het volgende hoofdstuk een begin gemaakt.

¹⁷⁹ Zie art. 3 Const. Zie over Frankrijk voorts meteen hierna, § 3.2.

¹⁸⁰ Heller, *Staatslehre*, 278; Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, 94-98.

Hoofdstuk 3

Soevereiniteit in drie lidstaten

3.1 Inleiding

Soevereiniteit is een veelkleurig concept. Wie een tour maakt door de verschillende lidstaten, zal merken dat de juridische lading en betekenis van het leerstuk van land tot land kunnen verschillen. In staten als Polen, Hongarije en Tsjechië, die lange tijd niet van constitutionele vrijheid konden genieten, maakt de notie bijvoorbeeld een springlevende indruk. In een land als België daarentegen, dat te maken heeft met een grote verdeeldheid, doet het in toenemende mate ongemakkelijk aan dat de Grondwet de Belgische natie soeverein verklaart.¹ Hoe veelkleurig de aanblik van soevereiniteit in al deze landen ook is, op één wezenlijk punt komen alle concepten echter in beginsel overeen: namelijk, dat soevereiniteit in praktisch alle lidstaten fungeert als verklaringsmythe voor de constitutionele orde op basis waarvan zij functioneren. Het is deze functie die verklaart waarom soevereiniteit, na op veel plekken in Europa op een zeker moment een beetje uitgedoofd te zijn, weer nieuw leven kreeg ingeblazen toen het Europese integratieproces op stoom kwam. Door dit proces, dat geresulteerd heeft in de oprichting en ontwikkeling van een eigen rechtsorde met constitutionele kenmerken, is de existentiële claim van stichting en verklaring (weer) onder spanning komen te staan.

Net zoals van lidstaat tot lidstaat verschilt welke accenten worden gelegd met soevereiniteit, verschilt per lidstaat ook de intensiteit waarmee soevereiniteit tegenover het integratieproces wordt geplaatst. Een belangrijke rol in dit verband is weggelegd voor rechters.² In sommige landen, in het bijzonder Duitsland, is deze rol zeer geprononceerd en is het praktijk dat met een beroep op soevereiniteit, via rechtszaken, sturing wordt gegeven aan Europese integratie. Maar ook in lidstaten waar de rechter een minder prominente plaats inneemt in het constitutionele bestel kan het leerstuk worden ingeroepen, en wel via het politieke domein. Dit is zelfs zo in Nederland, een lidstaat waar soevereiniteit in principe helemaal geen deel uitmaakt van de constitutionele vocabulaire.

¹ Art. 33 van de Belgische Grondwet bepaalt het volgende: ‘Alle machten gaan uit van de Natie’.

² Zie Christoph Grabenwarter, ‘National Constitutional Law relating to the European Union’, in: Von Bogdandy en Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 83-129.

HOOFDSTUK 3

In de volgende hoofdstukken, wanneer de blik vol op het proces van Europese integratie wordt gericht, zullen de nationale gezichtspunten over de rol van soevereiniteit met betrekking tot dit proces regelmatig de revue passeren. Vooral Duitsland, dat met zijn Constitutionele Hof over een constitutionele speler beschikt die op duidelijk hoorbare en gearticuleerde wijze deelneemt aan het constitutionele debat over Europa, zal op verschillende momenten in het verloop betrokken worden. Voordat het roer omgaat, lijkt het echter raadzaam om in dit eerste deel, waarin Europa nog op afstand wordt gehouden, alvast in te zoomen op waar soevereiniteit concreet voor staat en toe leidt, ook in relatie tot het integratieproces. Er is voor gekozen om de aandacht te vestigen op drie lidstaten: Frankrijk, Duitsland en Nederland. De keuze voor Frankrijk en Duitsland valt te verklaren door te wijzen op hun vooraanstaande plaats in Europa en op de voortrekkersrol die zij, op verschillende momenten in de geschiedenis, gespeeld hebben met betrekking tot de conceptualisering van soevereiniteit. Nederland is, om de simpele reden dat het begrip als gezegd niet in de constitutionele vocabulaire voorkomt, een vreemde eend in de bijt. In een Nederlands boek over soevereiniteit mag een paragraaf over de uitzonderingspositie van Nederland in dit verband echter niet ontbreken. Al is het alleen maar omdat hierdoor scherper op het netvlies komt te staan wat de portee is van het leerstuk.

3.2 Frankrijk

3.2.1 *Betekenis van soevereiniteit voor het Franse recht*

Frankrijk geldt, zo bleek hiervoor al, als hét proeflaboratorium van het continentale denken over recht en staat. Het land kent dan ook een weerbarstige constitutionele geschiedenis.³ Een geschiedenis welke weerspiegeling vindt in de vaak heftige debatten die over de nationale soevereiniteit en – in haar kielzog – over noties als democratie en staatsinrichting zijn gevoerd. Voornaamste punt was lange tijd de richtingsstrijd die zich ontspon rond de vraag welk soevereiniteitsconcept aan de Franse staat ten grondslag moest liggen: dat van het volk, zoals door Rousseau naar voren was gebracht, of dat van de natie, zoals vorm was gegeven door Sieyès.⁴ Het verschil tussen beide grootheden is vrij theore-

³ Zie e.g. Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 87-99; Van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, 96-121; 212-220; J.H. Reestman, *Constitutionele toetsing in Frankrijk: De Conseil constitutionnel en de grondwettigheid van wetten en verdragen*, diss. Universiteit van Amsterdam (Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996) 5-21; C.A.J.M. Kortmann en J.L.W. Broeksteeg, 'De Franse Republiek', in: L.F.M. Besselink e.a. (red.), *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie* (Deventer: Kluwer 2012) 121-125.

⁴ Zie e.g. Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques* (Parijs: Montchrestien 1997) 198-202; Jacques Ziller, 'Sovereignty in France: Getting Rid of the Mal de Bodin', in:

tisch van aard. Met ‘volk’ werd bedoeld op het levende, handelingsbekwame collectief van burgers, terwijl onder ‘natie’ een meer spirituele grootheid werd verstaan welke behalve de huidige generatie ook generaties uit het verleden en in de toekomst omvatte. Concreet waren echter wel de consequenties die aan beide concepten werden opgehangen. Zo leidde acceptatie van de volkssoevereiniteit volgens de doctrine tot de noodzaak om een republikeinse regeringsvorm te voeren en op basis van een strikte gelijkheid tussen burgers tot invoering van algemeen kiesrecht en het regelmatig houden van referenda. Soevereiniteit van de natie aan de andere kant was verenigbaar met de instandhouding van de monarchie en bracht een zuiver parlementair stelsel mee waarin een zeer prominente plaats voor de wet was ingeruimd.⁵ Vandaag de dag komt aan dit ideologische verschil evenwel weinig betekenis meer toe. Art. 3 van de Franse Grondwet van 1958 luidt namelijk: ‘La souveraineté nationale appartient au peuple qui l’exerce par les représentants et par voie du référendum.’ Men heeft beide leerstukken zodoende met elkaar verzoend. In de staatsrechtelijke praktijk zie je dit compromis terug in het feit dat weliswaar de meeste besluiten met behulp van het parlement tot stand komen, maar dat voor belangrijke zaken, zoals de verkiezing van de President en onder bepaalde omstandigheden de wijziging van de Grondwet, het volk wordt geraadpleegd.⁶

Hoewel ook de Constitutie van de Vierde Republiek (1946) al in een verzoening van beide soevereiniteitsconcepten voorzag, was bovengenoemde samsmelting toch vooral een inventie van de Vijfde Republiek. Zij kwam voort uit onvrede met de op monistische leest geschoeide parlementaire regimes van de Derde en Vierde Republiek en het daaruit volgende verlangen om de macht aan het volk terug te geven. Tijdens de Derde en Vierde Republiek was de positie van het parlement allesoverheersend. Men sprak daarom ook wel van parlementaire soevereiniteit.⁷ Volgens klassiek Frans model werd uitgegaan van de absolute eenheid van volk en staat, zowel naar binnen als naar buiten, en de vertegenwoordigende democratie als enige manier waarop de natie tot spreken kon worden gebracht.⁸ Er heerste een primaat van de politiek. Recht was wat een meerderheid stelde dat recht was. Voor een constitutionele rol van de rechter was geen plaats. Wanneer de Vierde Republiek aan besluiteloosheid ten onder

Walker, *Sovereignty in Transition*, 264-268; Jakab, ‘Neutralizing the Sovereignty Question’, 375, 377-378.

⁵ Vgl. de Grondwet van België, dat sinds haar onafhankelijkheid in 1830 de soevereiniteit van de natie huldigt en dat het houden van referenda op nationaal niveau bijgevolg uitsluit.

⁶ Resp. art. 6 en 89 Const. Zie daarnaast het beruchte art. 11 Const., op basis waarvan President De Gaulle zich in 1962 en 1969 rechtstreeks tot het volk richtte om belangrijke institutionele hervormingen door te voeren. Zie hierover Kortmann en Broeksteeg, ‘De Franse Republiek’, 128.

⁷ Zie Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 457-459.

⁸ Zie Luc Heuschling, ‘Krise der Demokratie und der juristischen Demokratielehre in Frankreich’, in: Hartmut Bauer, Peter M. Huber en Karl-Peter Sommermann (red.), *Demokratie in Europa* (Tübingen: Mohr Siebeck 2005) 57-58.

HOOFDSTUK 3

gaat, komt hier verandering in. De Vijfde Republiek wordt gekenmerkt door een veelheid aan instituties. Behalve in een tweekamerstelsel voorziet zij als bekend in een met ruime bevoegdheden uitgeruste president en in een constitutioneel hof, de *Conseil Constitutionnel*, dat wetten en verdragen, voordat zij in werking treden, aan de grondwet kan toetsen, eerst alleen *ex ante* en abstract, maar onder bepaalde voorwaarden sinds kort ook *ex post* en concreet.⁹ Neem daarbij de mogelijkheid van een referendum, en het is duidelijk dat de volkswil in Frankrijk vandaag op verscheidene manieren tot uiting kan komen.

Ondertussen is niet volstrekt helder in welke verhouding de verschillende ‘volkswillen’ tot elkaar staan. Blijkens artikel 3 Const. is er op het eerste gezicht sprake van nevenschikking van representatieve en directe democratie. Verderop in de Grondwet worden aan beide uitingsvormen beperkingen gesteld. Referendum en plebisciet zijn alleen mogelijk op grond van artikel 5, 11 en 89 Const.; het parlement beschikt gezien artikel 34 Const. over een beperkt wetgevingsmandaat en moet toezien dat ook de president een belangrijke zelfstandige regelgevende rol vervult.¹⁰ Men zou kunnen redeneren dat de directe democratievorm prevaleert boven de representatieve, omdat het volk via artikel 89 Const. rechtstreeks kan worden betrokken bij het wijzigen van de Grondwet. Hetzelfde artikel voorziet echter ook in de mogelijkheid om de directe betrokkenheid van het volk te omzeilen, door de opening te scheppen een wijzigingsvoorstel op initiatief van de president aan beide kamers van het parlement voor te leggen. Ook in de relatie president – parlement valt grondwettelijk gezien niet zonder meer een hogere macht aan te wijzen. Beide organen zijn binnen het half presidentiële, half parlementaire Franse stelsel in het bezit van een democratisch mandaat. Weliswaar wordt de president in artikel 5 Const. als hoeder van de Grondwet aangewezen, dat betekent echter nog niet dat hij, zoals President De Gaulle graag mocht zeggen, bron van alle staatsmachten is.¹¹ Te meer daar het controversiële – en mogelijk ook ongrondwettige – gebruik van artikel 11 Const., waarlangs over de hoofden van de overige organen heen een beroep op het volk werd gedaan, na De Gaulle ook nooit meer is herhaald.

Hoewel niet eenvoudig een hiërarchie valt te ontdekken in de manier waarop soevereiniteit binnen de staat tot uiting komt, is doctrinair wel vrij onomstreden

⁹ Resp. art. 24-51, 5-19, en 56-63 Const. Zie over bovengenoemde nieuwe mogelijkheid tot toetsing: Otto Pfersmann, ‘Concrete Review as Indirect Constitutional Complaint in French Constitutional Law. A Comparative Perspective’, 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 223. Vgl. ook Laurence Burgorgue-Larsen, ‘France: The impact of European fundamental rights on the French Constitutional Court’, in: Patricia Popelier, Catherine van de Heyning en Piet van Nuffel (red.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts* (Cambridge: Intersentia 2011) 211-236.

¹⁰ Maar de rol van het Franse parlement neemt wel weer in belang toe; o.a. door een recente grondwetswijziging onder President Sarkozy in 2008.

¹¹ Vgl. Heuschling, ‘Krise der Demokratie und der juristischen Demokratielehre in Frankreich’, 61.

dat het Franse volk als *pouvoir constituant* ten grondslag ligt aan de grondwettelijke orde.¹² De president, het parlement en de *Conseil Constitutionnel* zijn alle *pouvoirs constitués*. Dit onderscheid zou zich onder meer manifesteren in de grondwetswijzigingsprocedure.¹³ Artikel 89 Const. schrijft namelijk voor dat ‘La forme républicaine du gouvernement’ niet aan een wijziging mag worden onderworpen en valt gedeeltelijk derhalve te kwalificeren als een eeuwigheidsbepaling.¹⁴ In het verlengde hiervan wordt bovendien ook wel aangenomen dat uit dit verbod logisch volgt dat de wijzigingsprocedure zelf ook niet kan worden geamendeerd. Kennelijk zijn er dus zaken die zijn voorbehouden aan het oordeel van de grondwetgever alleen en waarover de grondwetsherzienende organen niet bevoegd zijn te beslissen.¹⁵ Niettemin is omstreden of er tastbare positiefrechtelijke gevolgen aan dit dogmatische onderscheid kleven.¹⁶ De kritiek richt zich met name op het feit dat wel beweerd wordt dat aan het begrip ‘forme républicaine du gouvernement’ materiële componenten moeten worden toegedicht. Zo zouden er een aantal belangrijke verworvenheden uit de Verklaring van de rechten van de mens van 1789 in besloten liggen. Critici stellen echter dat de bepaling dient te worden geïnterpreteerd naar de geest van de tijd waarin ze tot stand gekomen is – in 1884, tijdens de Derde Republiek – en dat zij dienovereenkomstig uitsluitend bedoeld is om te voorkomen dat de monarchie opnieuw wordt ingevoerd.¹⁷

Ook hier geldt weer dat moeilijk een eenduidig standpunt kan worden ingenomen. Dit wordt duidelijk wanneer wordt gekeken naar de jurisprudentie van de *Conseil Constitutionnel*, sinds haar oprichting in 1958 binnen Frankrijk de belangrijkste uitlegger van het fenomeen soevereiniteit. En dan vooral naar de rechtspraak op het gebied van Europese integratie. Gevraagd of bepaalde aanpassingen van de Grondwet naar aanleiding van het Verdrag van Maastricht, de stichtingsakte van de Europese Unie, geen strijd opleverden met artikel 3 Const., stelde de *Conseil* in haar *Maastricht II*-arrest van 2 september 1992 in dit verband aan de ene kant vast dat de republikeinse regeringsvorm een rem vormde op de overdracht van soevereine bevoegdheden naar het niveau van de EU, maar liet zij aan de andere kant vervolgens na te expliciteren wat onder dit begrip moet worden verstaan en wanneer een dergelijke overdracht dus onmogelijk is.¹⁸

¹² Zie H.G. Hoogers, ‘De herziening herzien: over de (on)vanzelfsprekendheid van het wijzigen van hoofdstuk 8 van de Grondwet’, 3 *RegelMaat* (2007) 99, 109.

¹³ *Ibid.*, 109-110.

¹⁴ Zie uitvoeriger over het fenomeen ‘eeuwigheidsbepaling’ *infra*, § 6.4.3.

¹⁵ Binnen de Franse doctrine wordt in dit verband ook wel het onderscheid gemaakt tussen de *pouvoir constituant originaire* – het aan de staat voorafgaande volk in de hoedanigheid van grondwetgever – en de *pouvoir constituant dérivé* of *pouvoir de révision* – de organen die ex art. 89 Const. bevoegd zijn tot grondwetsherziening.

¹⁶ Ziller, *Sovereignty in France*, 270-273.

¹⁷ *Ibid.*, 271.

¹⁸ CC 2 september 1992, 1992-312 DC (*Maastricht II*). (‘Considérant que sous réserve, (...) du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme

HOOFDSTUK 3

Ook meer recente arresten op het terrein van de verhouding tussen Europees en nationaal recht hebben op dit punt niet tot uitsluitel geleid.¹⁹

Wat deze kwestie er niet eenvoudiger op heeft gemaakt, is dat de *Conseil*, parallel aan haar rechtspraak over artikel 89 Const., in een andere, meer uitgebreide jurisprudentiële pijnpaaltjes heeft uitgezet ten aanzien van de overdracht van bevoegdheden die raken aan wat zij de ‘conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale’ noemt.²⁰ Anders dan een kern die eventueel besloten ligt in artikel 89 Const., gaat het hier om onderwerpen – in het verleden bijvoorbeeld het kiesrecht en de muntunie – die wel voor Europeanisering in aanmerking komen, maar alleen dan wanneer hieraan voorafgaand de grondwet gewijzigd wordt. Waar het zich laat aanzien dat de grondwetsherziener de republikeinse regeringsvorm met rust moet laten, ligt op dit punt dus sowieso wel speelruimte voor hem.

In plaats van het criterium ‘conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale’, ging de *Conseil Constitutionnel* in het verleden ook wel uit van het nogal mistige onderscheid tussen ‘transfers’ en ‘limitations’ van soevereiniteit, waarbij ‘transfers’ van soevereiniteit, net als het geval is met een aantasting van genoemde ‘conditions essentielles’, buiten een wijziging van de grondwet verboden waren en ‘limitations’ van soevereiniteit ook zonder wijziging van de grondwet, via enkel de procedure tot verdragsgoedkeuring, konden plaatsvinden.²¹ Inmiddels is dit onderscheid losgelaten. Dat is de helderheid van het debat over soevereiniteit ten goede gekomen. Door louter nog te spreken over de *uitoefening* van soevereiniteit die niet aangetast mag worden, wordt er conceptueel gezien in ieder geval ruimte gecreëerd met een eventuele kern die via artikel 89 Const. soevereiniteit *als zodanig* afschermt. Ook in de huidige situatie blijft één en ander evenwel nog behoorlijk verwarrend. Uit meer recente

républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision", le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite.'). Engelse vertaling beschikbaar op www.conseil-constitutionnel.fr.

¹⁹ Zie CC 17 november 2004, 2004-505 DC (*Traité établissant une Constitution pour l'Europe*); CC 20 december 2007, 2007-560 (*Traité de Lisbonne*).

²⁰ CC 9 april 1992, 1992-308 DC (*Maastricht I*).

²¹ Zie Jan-Herman Reestman, ‘De Conseil Constitutionnel, Europa en de Franse soevereiniteit’, 18 *Theoretische Geschiedenis* (1991) 447; Bruno de Witte, ‘Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition’, in: Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet en J.H.H. Weiler (red.), *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence* (Oxford: Hart Publishing 1998) 294-295. Algemeen over de houding van de Franse rechter t.o.v. het proces van Europese integratie: Jens Plötner, ‘Report on France’, in: Slaughter, Stone Sweet en Weiler, *The European Court and National Courts*, 41-55; Paul Craig en Gráinne De Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (Oxford: Oxford University Press 2011) 269-272.

jurisprudentie komt naar voren dat, wil een overdracht van bevoegdheden binnen het bereik van de ‘conditions essentielles’-regel vallen, zo’n overdracht een regel of principe ‘inhérent à l’identité constitutionnelle de la France’ moet schaden.²² Het begrip constitutionele identiteit wordt ook in Duitsland gebruikt om materieel vorm te geven aan soevereiniteit. Alleen valt het begrip daar juist wel onder het bereik van de eeuwigheidsbepaling in de constitutie, artikel 79 lid 3 *Grundgesetz* (GG).

Verderop in deze studie zal uitvoeriger worden ingegaan op de idee van een eeuwigheidsbepaling, een fenomeen dat aan het Nederlandse staatsrecht onbekend is. Hier alvast de opmerking dat het zeker in Frankrijk betrekkelijk controversieel is om soevereiniteit, over de boeg van een materieel getinte eeuwigheidsbepaling, in handen te leggen van een rechter, die het leerstuk vervolgens kan gebruiken als obstakel voor het democratische politieke proces.²³ Dit is zonder meer een legitiem argument. Aan de andere kant vervaagt op deze manier wel het onderscheid tussen *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué*; als de gewone wetgever en de grondwetsherziener *carte blanche* krijgen, bestaat theoretisch gesproken het gevaar dat oorspronkelijke besluitvorming van een *pouvoir constituant* fundamenteel wordt uitgehold.²⁴ En dit is zuiver gezien ook niet bepaald democratisch te noemen.

Omdat de *Conseil* weliswaar lippendienst bewijst aan het bestaan van inhoudelijke grenzen aan hetgeen de Franse staat via zijn organen kan overdragen, maar uit de praktijk blijkt dat er bijna geen onderwerp is waarover de grondwetsherziener niet kan beslissen, rijst uiteindelijk uit de Franse doctrine een beeld over soevereiniteit op dat in belangrijke mate formeel van aard is.²⁵ Het voert echter te ver om hieruit de conclusie te trekken dat het onderscheid tussen *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué* geen feitelijke betekenis toekomt. Dit bleek in het arrest *Maastricht III*, waarin de *Conseil* werd gevraagd in te gaan op de, korte tijd daarvoor, door het Franse volk per referendum verleende toestemming om tot de Europese Unie toe te treden.²⁶ Anders dan over (goedkeu-

²² CC 27 juli 2006, 2006-540 DC (*Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information*). Zie hierover Jan-Herman Reestman en Leonard Besselink, ‘Constitutional identity and the European Courts’, 3 *European Constitutional Law Review* (2007) 177.

²³ Sinds de Franse Revolutie zijn rechters, als pilaren van het *Ancien Régime*, lange tijd in Frankrijk gewantrouwd. Vgl. Ziller, ‘Sovereignty in France’, in: Walker, *Sovereignty in Transition*, 270.

²⁴ Sowieso lijkt dit onderscheid bij de *Conseil* niet al te scherp op netvlies te staan. In *Maastricht II* duidde zij de grondwetsherzienende organen namelijk aan als ‘*pouvoir constituant (...) souverain*’.

²⁵ Zie Heuschling, ‘Krise der Demokratie und der juristischen Demokratielehre in Frankreich’, 54-56.

²⁶ CC 23 september 1992, 1992-313 DC (*Maastricht III*). Zie van eerdere datum in dezelfde zin: CC 6 november 1962, 1962-20 DC (*Loi relative à l’élection du Président de la République au suffrage universel direct*), betreffende de grondwettigheid van het door De Gaulle op basis van art. 11 Const. uitgeschreven referendum ter verkiezing van zichzelf.

HOOFDSTUK 3

rings)wetten die door het parlement zijn aangenomen, zegt de *Conseil* in dat arrest zich als *pouvoir constitué* niet bevoegd te achten om te oordelen over de grondwettigheid van besluiten ‘adoptées par le Peuple français (...) constituent l’expression directe de la souveraineté nationale.’ Uit deze stellingname zou kunnen worden geconcludeerd dat soevereiniteit, ondanks de eerder opgeworpen vragen, binnen de Franse doctrine als concrete grootheid dus wel degelijk consequenties heeft. Het lijkt er zo gezien immers op dat het Franse volk vanwege zijn soevereine karakter ofwel niet ongrondwettig kan handelen, ofwel in zijn geheel niet onderworpen is aan het gezag van de Grondwet.²⁷ Tegelijkertijd bevestigt deze lezing de formele democratiebenadering die de *Conseil* er op nahoudt. De in Frankrijk omstreden vraag of het volk, wanneer het zich uitsprekt via een referendum, handelt als werkelijke soeverein dan wel als electoraat, dat wil zeggen als orgaan binnen de staat, is zo namelijk van elke praktische relevantie ontdaan. Niets lijkt het soevereine volk in de weg te staan om de Grondwet zo te wijzigen als het nodig acht, ook als het om de ‘forme républicaine du gouvernement’ gaat.²⁸

3.2.2 Franse soevereiniteit en Europese integratie

Uit bovenstaande bespreking van de betekenis van soevereiniteit ten aanzien van het nationale recht blijkt dat het fenomeen vandaag feitelijk niet los kan worden gezien van Europese integratie. Zoals in veel landen, heeft het debat over soevereiniteit zich in Frankrijk na de Tweede Wereldoorlog meer en meer verplaatst van de vraag naar de grondslag van de notie naar de vraag in hoeverre zij zich verhoudt met de overheveling van bevoegdheden naar de Europese Gemeenschap/Unie en, meer in algemene zin, internationale organisaties. De vraag is, met andere woorden, niet meer zozeer hoe soevereiniteit zich binnen de staat manifesteert, als wel onder welke omstandigheden zij overeind kan blijven in een wereld waarin bevoegdheden steeds meer buiten het directe grondgebied van de staat worden uitgeoefend. Het duurde even voordat deze verandering de Franse constitutie bereikte. Paradoxaal misschien voor een land dat zo aan de basis heeft gestaan van het integratieproces, zweeg de grondwet van de Vijfde Republiek aanvankelijk in alle toonaarden over Europese samenwerking (die toen net van start was gegaan).²⁹

²⁷ Vgl. Hoogers, ‘De herziening herzien’, 111-112.

²⁸ Heuschling, ‘Krise der Demokratie und der juristischen Demokratielehre in Frankreich’, 54-57. Overigens zou wel uit de rechtspraak van de *Conseil* kunnen worden afgeleid dat er, in ieder geval *de facto*, een hiërarchisch onderscheid bestaat tussen per referendum en door het parlement aangenomen wetten.

²⁹ Burgorgue-Larsen, ‘France’, 211-214.

Begin jaren negentig kwam hier verandering in. Directe aanleiding hiervoor was de *Maastricht I*-uitspraak, waarin de *Conseil Constitutionnel* voor de eerste keer echt consequenties verbond aan haar criterium van ‘conditions essentielles’.³⁰ Gevolg van deze uitspraak was dat door de grondwetsherziener een bepaling in de constitutie werd opgenomen – artikel 88-I Const. – waarin het Franse lidmaatschap van de Unie neergelegd werd.³¹ Via deze bepaling lukt het Franse rechters te laveren tussen aan de ene kant de handhaving van de suprematie van de Franse grondwet ten opzichte van het Europese recht en aan de andere kant de plicht om het Europese recht geen schade te laten ondervinden van het Franse recht.³² Frankrijk is niet de enige lidstaat die het Unierecht binnen de nationale rechtsorde gelding verleent via een incorporatiebepaling in de eigen constitutie – Unierecht dus feitelijk ‘constitutionaliseert’ – en op deze manier verzekert dat dit recht correct wordt nageleefd.³³ Zoals in het laatste hoofdstuk zal worden besproken, kan deze techniek worden beschouwd als een zeer geschikt instrument om de pluralistische gedachte van concurrerende soevereiniteitsclaims hoog te houden. Op deze manier waarborgt men namelijk het Europese recht door het nationale recht te waarborgen.³⁴

Voordat artikel 88-I Const. in het leven werd geroepen, werd de verbindendheid van Europees recht in Frankrijk gegarandeerd via artikel 55 Const. Deze bepaling vormt de grondslag van het incorporatiestelsel dat Frankrijk ten opzichte van internationale verdragen hanteert. In het begin van het integratieproces waren het vooral andere rechters dan de *Conseil Constitutionnel* die via artikel 55 Const. een weg moesten zien te vinden om met het ingrijpende karakter van, destijds, het communautaire recht om te gaan. In het bijzonder de hoogste Franse bestuursrechter, de *Conseil d'Etat*, had hier soms moeite mee. Artikel 55 Const. stelt dat door Frankrijk gesloten verdragen, onder voorbehoud van wederkerigheid, voorrang hebben boven nationale wetgeving. De *Conseil d'Etat* was echter niet bereid die voorrang te verlenen.³⁵ Helemaal als je bedenkt dat het Europese Hof van Justitie reeds vroeg in de jaren zestig, in het arrest

³⁰ CC 9 april 1992, 1992-308 DC (*Maastricht I*).

³¹ ‘La République participe à l’Union européenne constituée d’États qui ont choisi librement d’exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l’Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, tels qu’ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.’

³² Anders en onjuist: Kortmann en Broeksteeg, ‘De Franse Republiek’, 183.

³³ Zie Bruno de Witte, ‘Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order’, in: Paul Craig en Gráinne de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law* (Oxford: Oxford University Press 2011) 354-355. Vgl. ook Chloé Charpy, ‘The Status of (Secondary) Community Law in the French Internal Order: the Recent Case-Law of the *Conseil Constitutionnel* and the *Conseil d'Etat*’, 3 *European Constitutional Law Review* (2007) 436.

³⁴ Waarmee niet gezegd is dat de pluralistische premisse van een heterarchische rechtsorde ook stand kan houden. Zie *infra*, § 9.5.

³⁵ Pas in 1990 ging de *Conseil d'Etat* overstag. De *Cour de Cassation*, de hoogste Franse burgerlijke rechter, ging reeds in 1975 om. Respectievelijk in het arrest *Nicolo* (CE 20 oktober 1989) en het arrest *Jacques Vabre* (Cass. 24 mei 1975).

HOOFDSTUK 3

Costa/ENEL, had bepaald dat Europees recht onvoorwaardelijke voorrang boven nationaal recht verdient, was dat een opmerkelijke positie.³⁶

De *Conseil Constitutionnel* stelde zich aanvankelijk vrij onverschillig op ten aanzien van de rechterlijke dialoog die zich in de eerste decennia van het integratieproces begon te ontspannen tussen het Europese Hof en nationale rechters.³⁷ Dit had voor een belangrijk deel te maken met het feit dat de *Conseil*, op basis van artikel 61 Const., niet bevoegd is om wetten te toetsen aan internationale regelingen. Haar mandaat omvat uitsluitend een grondwetstoets.³⁸ Vanaf het moment dat, door eigen toedoen van de *Conseil*, in de Franse constitutie een specifieke grondslag werd neergelegd voor het Franse lidmaatschap, is deze houding echter omgeslagen. Nu leert haar jurisprudentie dat zij het een constitutionele plicht acht om erop toe te zien dat Europese richtlijnen correct worden omgezet.³⁹ Dit vormt een duidelijke aanwijzing dat er een reëel verschil bestaat tussen ‘gewoon’ internationaal en Europees recht. Richtlijnen worden kennelijk immers niet meer als internationale regelingen beschouwd in de geest van artikel 61 Const.

De open houding jegens het Unierecht van de Franse rechter heeft ook mogelijk haar keerzijden. In combinatie met het standpunt dat de Grondwet van hogere orde is dan Europees recht, kan deze positie er immers ook toe leiden dat een omzettingswet, feitelijk dus de richtlijn, strijdig blijkt met het eigen constitutionele recht. Dit zal het geval zijn indien de omzettingswet c.q. richtlijn inbreuk maakt op het al eerder genoemde criterium van de Franse constitutionele identiteit. Grote vraag is wie er in een dergelijke situatie op toe moet zien dat de betreffende breuk ongedaan wordt gemaakt: de *Conseil* of het HvJ. Het heeft er alle schijn van dat de *Conseil* niet snel de trekker zal overhalen. Dit valt op te maken uit de gang van zaken rondom het recente *Melki*-arrest. De precieze context en relevantie van deze beslissing komt later aan bod.⁴⁰ Hier gaat het erom te constateren dat de *Conseil Constitutionnel* ervoor terugschrikt om de prejudiciële procedure, het primaire middel waarmee het Europese Hof zich over de geldigheid van Europese en (indirect ook nationale) regelgeving kan uitlaten, te negeren.⁴¹

Wat zegt de tamelijk onbezorgde wijze waarop Europees recht van Franse rechters (inmiddels) mag doordringen in het Franse nationale recht, samengevat-

³⁶ Zie uitgebreid over het voorrangsbeginsel *infra*, § 4.3.

³⁷ Burgorgue-Larsen, ‘France’, 214-215.

³⁸ CC 15 januari 1975, 1975-54 DC (*IVG*).

³⁹ Charpy, ‘The Status of (Secondary) Community Law in the French Internal Order’, 446-449. Zie de arresten: CC 10 juni 2004, 2004-496 DC (*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*); CC 27 juli 2006, 2006-540 DC (*Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*). Zie van de *Conseil d'Etat*: CE 8 februari 2007, petition No. 287110 (*Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*).

⁴⁰ Gevoegde zaken C-188/10 en C-189/10 *Melki* [2010] ECR I-05667. Zie *infra*, § 9.5. Zie verder Reestman en Besselink, ‘Constitutional identity and the European Courts’, 178-181.

⁴¹ Zie uitgebreid over de prejudiciële procedure: *infra*, § 6.2.

tend, over soevereiniteit in het land? Sommige commentatoren zullen er een indicatie in zien dat soevereiniteit niet meer, zoals vroeger, een absoluut concept is, maar kan worden gedeeld.⁴² Anderen zullen menen dat soevereiniteit weliswaar nog steeds als ondeelbaar fenomeen overeind staat, maar dat de rechtspraak uitdrukt dat het verschijnsel wel kan meebewegen met de veranderde plaats van Frankrijk in Europa en de wereld.⁴³ Door Franse politici zal vermoedelijk het laatste standpunt worden aangehangen. Waar rechters zich in toenevende mate ook als Unierechter opstellen, wordt de houding van achtereenvolgende Franse regeringen, links en rechts, regelmatig bepaald door een oude gaullistische reflex; te weten, een visie van een Europa ‘des Patries’.⁴⁴ Hetzelfde artikel 88-I Const. dat door de Franse rechter als grondslag wordt geïnterpreteerd om desnoods Franse constitutionele bepalingen opzij te zetten, biedt hier ook een grondslag voor. De bepaling stelt namelijk dat de Republiek ‘participe à l’Union européenne constituée d’États’ en benadrukt daarmee impliciet waar zij niet aan deelneemt: een Europa van burgers.⁴⁵

3.3 Duitsland

3.3.1 Betekenis van soevereiniteit voor het Duitse recht

Anders dan in Frankrijk lijkt de politiek in Duitsland, aan de oppervlakte althans, veel meer open te staan voor een traject van politieke integratie dat naast de natiestaten ook de burgers centraal stelt en daarmee soevereiniteit wellicht daadwerkelijk ook verplaatst.⁴⁶ Opvallend genoeg zijn Duitse rechters ogenschijnlijk evenwel een stuk kritischer dan hun Franse collega’s. Zoals in de introductie bij dit hoofdstuk al ter sprake kwam, slaat met name het in Karlsruhe zetelende *Bundesverfassungsgericht* regelmatig een voorzichtige en kritische toon aan wat betreft de mogelijkheden van Duitsland om te integreren in Europa, ook al is daar wel politieke dekking voor. Tegelijkertijd blijkt de afgelopen jaren ook dat de grondhouding van het Constitutionele Hof tegenover de Unie

⁴² Ziller, ‘Sovereignty in France’, 276-277.

⁴³ Zie over de vraag of soevereiniteit kan worden gedeeld: *infra*, § 7.2.

⁴⁴ Zie H.L. Wesseling, *De man die nee zei: Charles de Gaulle. 1890-1970* (Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2012) waar in hfdst. 12 wordt beschreven hoe De Gaulle zelf altijd ontkend heeft deze uitdrukking ooit te hebben gebezigd.

⁴⁵ Cursivering van mij, JWvR.

⁴⁶ Vgl. e.g. het *Regierungsprogramm* van Angela Merckels CDU/CSU voor de Bondsdagverkiezingen van 2013, dat, op p. 8-11, opent met een bespreking van *Deutschlands Zukunft in Europa*. Zie www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/regierungsprogramm-2013-2017-langfassung-20130911.pdf.

HOOFDSTUK 3

veel ‘vriendelijker’ is dan in het verleden vaak werd aangenomen.⁴⁷ Daarover hieronder meer.

Wie het Duitse *Grundgesetz* (GG) doorspit, zal nergens de term soevereiniteit tegenkomen. Toch speelt het begrip een belangrijke rol in het Duitse constitutionele recht. De grondslag voor de geopinieerde wijze waarop het *Bundesverfassungsgericht*, veel meer dan zijn Franse collega’s, bij tijd en wijlen het gesprek aangaat over Europese integratie, is een sterk normatief en inhoudelijk geladen opvatting over democratie en soevereiniteit. Evenals in Frankrijk geldt dat de plaats die het leerstuk in de doctrine inneemt niet los kan worden gezien van de – soms problematische – geschiedenis die het land heeft doorgemaakt.⁴⁸ Deze geschiedenis staat vanaf het begin van de negentiende eeuw bijna permanent in het teken van een streven naar eenheid en – bij een aanvankelijk gebrek daaraan – van een fixatie op de veronderstelde homogeniteit van een over verschillende landen verdeeld Duits volk.⁴⁹ Waar je in het geval van Frankrijk zou kunnen volhouden dat de staat al aanwezig was toen de Franse natie zich nog moest vormen, is ten aanzien van Duitsland dan ook eerder het omgekeerde het geval: reeds lang voordat in 1871 met de oprichting van het Keizerrijk een staat tot stand kwam, werd gevonden dat er reeds zoiets als een Duitse natie bestond.⁵⁰

Het feit dat de ‘natie’ er niet meteen in slaagt om zich binnen een Duitse staat te formeren, zorgt ervoor dat het Duitse natieconcept altijd sterk geleund heeft op het bezit van een gemeenschappelijke taal en op romantische idealen over gedeelde culturele en historische wortels. Deze mythevorming vormt in de jaren dertig en veertig van de vorige eeuw uiteraard een belangrijk ingrediënt van de raciale politiek van het Nazi-regime. Maar ook vandaag de dag galmt de echo hiervan nog na in het Duitse recht. Begrippen als *Staatsvolk* en *Staatsangehörigkeit*, welke zich empirisch laten beschrijven, vormen centrale constitutionele noties.⁵¹ De vereisten voor het verkrijgen van het Duitse staatsburgerschap – *Staatsangehörigkeit* – werden tot ver in de jaren negentig bijna uitsluitend ingegeven door het *ius sanguinis*-principe en niet, zoals in veel andere

⁴⁷ ‘Vriendelijker’ is een knipoog naar de de notie *Europarechtfreundlichkeit*, dat in het *Lissabon-Urteil* uit 2009 door het BVerfG werd ontwikkeld ter karakterisering van de positieve en open grondhouding van het Duitse constitutionele recht. Zie *Lissabon*, r.o. 225.

⁴⁸ Zie e.g. Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 101-115; P.P.T. Bovend’Eert en M.C. Burkens, ‘De Bondsrepubliek Duitsland’, in: Besselink e.a., *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, 61-64; Peter Badura, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland* (München: Beck 2003) 26-41. Zeer uitgebreid over de constitutionele geschiedenis van Duitsland: Isensee en Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I.

⁴⁹ Zie Markus Kotzur, ‘Die Demokratiedebatte in der deutschen Verfassungsrechtslehre’, in: Bauer, Huber en Sommermann, *Demokratie in Europa*, 358-359.

⁵⁰ Maar zie J.H.H. Weiler, ‘Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision’, 1 *European Law Journal* (1995) 219, 239-240.

⁵¹ Badura, *Staatsrecht*, 4.

Westerse landen, door dat van *ius soli*.⁵² In recente jaren zijn deze voorwaarden enigszins afgezwakt. Dat neemt echter niet weg dat het beginsel van afstamming nog steeds in belangrijke mate *Leitmotiv* is ten aanzien van de vraag wie tot het Duitse volk kan worden gerekend, hetgeen onder meer tot uiting komt in artikel 116 lid 1 GG, welke behalve staatsburgers ook buiten Duitsland wonende personen ‘deutscher Volkszugehörigkeit’ als Duitser aanmerkt.⁵³ Aangezien het *Grundgesetz* aan de status van Duitser bepaalde rechten verbindt, heeft dit laatste reële positiefrechtelijke gevolgen.⁵⁴ Verder manifesteert het Duitse natieconcept zich ook in de toewijzing van het kiesrecht. Zo oordeelde het *Bundesverfassungsgericht*, het in Karlsruhe zetelende Duitse constitutionele hof, eind jaren tachtig dat het door een aantal *Länder* aan buitenlandse inwoners toegekende recht om te stemmen bij gemeenteraadsverkiezingen ongrondwettig was, omdat overheidsgezag in Duitsland uitsluitend door het Duitse *Staatsvolk* zou mogen worden gelegitimeerd.⁵⁵ Doordat het *Grundgesetz* dit type verkiezingen naar aanleiding van, thans, artikel 20 VWEU inmiddels heeft opengesteld voor EU-burgers, heeft deze uitspraak aan praktische betekenis ingeboet.⁵⁶ Als constitutioneel dogma blijft zij evenwel overeind staan.

De constitutionele geschiedenis van Duitsland maakt verklaarbaar dat soevereiniteit vandaag boven alles *volkssoevereiniteit* betekent. Het *Grundgesetz* gaat uit van de premisse dat al het overheidsgezag dat in Duitsland wordt uitgeoefend, terug moet zijn te voeren op het volk. ‘Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus’, luidt artikel 20 lid 2 GG. Dit volk is tegelijkertijd *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué*.⁵⁷ Als *pouvoir constituant* of *verfassungsgebende Gewalt* heeft

⁵² Zo was het onder het tot 1 januari 2000 vigerende *Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz* van 1913 (na wijziging omgedoopt in *Staatsangehörigkeitsgesetz*) veel eenvoudiger voor tot de ‘Duitse volksstam’ behorende personen die al 3 generaties lang in – zeg – Oekraïne woonden dan voor 3^e generatie in Duitsland geboren kinderen van Turkse gastarbeiders om in het bezit te komen van een Duits paspoort. Om de integratie van allochtonen te bespoedigen, is er met ingang van 2000 voor gekozen om ook het *ius soli*-beginsel te erkennen. Zie Rolf Grawert, ‘Staatsvolk und Staatsangehörigkeit’, in: J. Isensee en P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II (Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2004) 124-134. Vgl. daarnaast Weiler, ‘Does Europe Need a Constitution?’, 240-242; Miriam Aziz, ‘Sovereignty Über Alles: (Re)Configuring the German Legal Order’, in: Walker, *Sovereignty in Transition*, 285-286.

⁵³ ‘Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.’ Zie Christian Hillgruber, ‘Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung’, in: Isensee en Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, 942-946.

⁵⁴ Zo bepaalt art. 16 lid 2 GG dat in beginsel ‘Kein Deutscher’ mag worden uitgeleverd.

⁵⁵ BVerfG 31 oktober 1990, 83, 37 (*Ausländerwahlrecht I*). Zie voorts Aziz, ‘Sovereignty Über Alles’, 286-287.

⁵⁶ Art. 28 lid 1 GG.

⁵⁷ Grawert, ‘Staatsvolk und Staatsangehörigkeit’, 120-123.

HOOFDSTUK 3

het zowel een constituerende als een legitimerende rol.⁵⁸ Constituerend in de zin dat het volk verantwoordelijk moet worden gehouden voor de totstandkoming van het *Grundgesetz* in 1949 én in staat moeten worden geacht om in de toekomst opnieuw een grondwet uit te vaardigen.⁵⁹ Legitimerend in de zin dat de normativiteit van het *Grundgesetz* kan worden verklaard door op de grondwetgevende macht van het volk te wijzen. Behalve als *pouvoir constituant* wordt het Duitse volk als gezegd ook gezien als *pouvoir constitué*, dat wil zeggen als orgaan in de staat, hetgeen ook werd opgemerkt met betrekking tot het Franse volk. Dit is het primair in de hoedanigheid van electoraat voor de Bondsdag, zoals neergelegd in artikel 38 GG, en – in uitzonderlijke gevallen – ook als het bij referendum stemt.⁶⁰

Een juridische consequentie van het in Duitsland gemaakte onderscheid tussen *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué* is terug te vinden in artikel 79 lid 3 GG, de zogenaamde ‘Ewigheidsklausule’. Hierin is bepaald dat fundamentele wijzigingen van de federale en democratische structuur van de Bondsrepubliek alleen zijn voorbehouden aan de grondwetgever, het soevereine Duitse volk, en niet aan de grondwetsherzienende organen, de Bondsdag en de Bondsraad.⁶¹ Anders dan in Frankrijk, waar de grondwettelijke beperking ‘forme républicaine du gouvernement’ de grondwetsherziener zoals eerder werd geconstateerd weinig in de weg lijkt te leggen, betreft de Duitse variant een concrete materiële begrenzing aan de bevoegdheid van de daartoe geconstitueerde organen.⁶² Of zo interpreteert althans het Constitutionele Hof deze bepaling. De ‘vereeuwiging’ van het democratiebeginsel, zoals gecodificeerd in artikel 20 GG, heeft vooral betekenis gekregen tegen het decor van Europese integratie.⁶³

Over de verschillende verschijningsvormen die het volk kan aannemen, treft men in Duitsland een uitbundige hoeveelheid literatuur aan.⁶⁴ Wat de rol van het

⁵⁸ Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, ‘Demokratie als Verfassungsprinzip’, in: Isensee en Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, 432-433.

⁵⁹ Zie resp. de Preamble van het GG en art. 146 GG.

⁶⁰ De enige opening die het *Grundgesetz* biedt voor het houden van een referendum, is neergelegd in art. 29 GG, dat een volksstemming voorschrijft in het geval van een territoriale herindeling van de Bond.

⁶¹ ‘Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.’

⁶² E.g. BVerfG 12 oktober 1993, 89, 155, 169-170 (*Maastricht*).

⁶³ Een andere grondwettelijke bepaling die door art. 79 lid 3 wordt vereeuwigd, is art. 1 GG, dat de menselijke waardigheid onaantastbaar verklaart. Ook deze vereeuwiging is van grote constitutionele betekenis gebleken. Zie hierover Werner Heun, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 201-204.

⁶⁴ E.g. Dietrich Murswiek, *Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Berlijn: Duncker & Humblot 1978); Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, 143-153; Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*; Isensee en Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutsch-*

volk als *pouvoir constituant* betreft, komt hier nog eens bij dat volgens de heersende opinie zowel wordt verwezen naar diens hoedanigheid als voorstatelijke, zich in de natuurtoestand verblijvende natie, als naar het zich reeds tot *Staatsvolk* geformeerde volk.⁶⁵ In het eerste geval wordt gedoeld op de gezamenlijkheid van mensen die in de jaren 1866-1871 opging in één Duitse staat.⁶⁶ Het tweede geval heeft betrekking op een entiteit die zich binnen het raamwerk van de staat bevindt, maar niettemin extraconstitutioneel is. Het is deze tweede hoedanigheid, van Duits *Staatsvolk*, waar het *Grundgesetz* met name aan refereert in de bepalingen waarin de *verfassungsgebende Gewalt* ten tonele wordt gevoerd: de preambule, artikel 20 lid 2 GG en artikel 146 GG.⁶⁷ De Duitse doctrine gaat er namelijk van uit dat, sinds met de oprichting van het Duitse Rijk in 1871 één Duitse staat tot stand kwam, steeds sprake is geweest van continuïteit. Met andere woorden: met de achtereenvolgende gedaanteverwisselingen die Duitsland sinds zijn totstandkoming heeft ondergaan – de Republiek van Weimar, het Derde Rijk, de opdeling in BRD en DDR en uiteindelijk in 1990 de eenwording van Oost en West – heeft de Duitse staat als rechtssubject nooit opgehouden te bestaan.⁶⁸ Wat door oorlog en/of revolutie in 1918/1919 en 1945 ten val kwam, was de grondwettelijke orde, niet de staat zelf.⁶⁹ Daarmee is meteen ook duide-

land, Band II, passim. Zie ook Gerhard Hoogers en Ilse van den Driessche, 'Een democratisch soevereiniteitsbegrip: *pouvoir constituant* als constitutioneel leerstuk en de grondwet in Nederland en België', in: C.W. Noorlander, J.L.W. Broeksteeg, N.S. Efthymiou en H.G. Hoogers (red.), *Het volk regeert: Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21^e eeuw* (Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008) 53.

⁶⁵ Zie i.h.b. Grawert, 'Staatsvolk und Staatsangehörigkeit', 119-122.

⁶⁶ Hierbij zij aangetekend dat de constitutie van de in 1871 tot stand gekomen staat, de *Reichsverfassung*, niet de creatie was van een zich soeverein verklaard volk, maar het resultaat van een verdrag tussen min of meer soevereine staten die enkele jaren daarvoor met de oprichting van de Noordduitse Bond al een eerste aanzet tot het vormen van een staat hadden gegeven. Het Duitse Rijk was, in de woorden van Grawert, 'Staatsvolk und Staatsangehörigkeit', 117, dan ook niet het werk van een '*staatsbildenden Volkes, sondern selbst staatsvolk-bildend*'.

⁶⁷ Ibid., 120.

⁶⁸ Zie J. Isensee, 'Staat und Verfassung', in: Isensee en Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, 27-28.

⁶⁹ Zeer formalistisch geredeneerd, is aan de Republiek van Weimar (1919-1933) pas een einde gekomen met de val van Hitlers Derde Rijk in 1945 en de daaropvolgende opdeling van Duitsland in verschillende bezette zones. De Nazi's hebben de grondwettelijke orde namelijk niet opgeheven, alleen verschillende regelingen buiten werking gesteld. Vanwege deze uitholling wordt niettemin wel aangenomen dat het Derde Rijk een eigen constitutionele ordening had, zonder grondwet, maar gebaseerd op de wetgevende wil van de *Führer*. Voorts zij opgemerkt dat Duitsland de soevereiniteit waarvan het *Grundgesetz* uitgaat, formeel pas weer volledig verkregen heeft door sluiting in 1990 van het *Zwei-plus-Vier-Vertrag*, het verdrag waarbij de vier voormalige bezettingsmachten – het Verenigd Koninkrijk, de VS, Frankrijk en de Sovjet-Unie – afstand deden van al hun rechten en de weg werd vrijgemaakt voor de Duitse eenwording. De eenwording op haar beurt kwam bij verdrag tot stand door toetreding van de DDR tot de BRD en niet, zoals aanvankelijk de bedoeling was, door buitenwerkingtreding

HOOFDSTUK 3

lijk dat de Duitsers staat en constitutie niet als inwisselbare begrippen beschouwen. De één veronderstelt de aanwezigheid van de ander.

Bovenstaand onderscheid tussen het soevereine volk als voorstatelijke en binnen de staat georganiseerde grootheid doet ondertussen weinig af aan de eigenschappen die hem vanwege zijn hoedanigheid als *pouvoir constituant* worden toegedicht. Als stichter van de rechtsorde is het volk in de uitoefening van zijn grondwetgevende bevoegdheid aan geen enkele positiefrechtelijke norm gebonden en kan het te allen tijde voor zichzelf een nieuwe grondwet in het leven roepen. Aanwijzingen hiervoor zijn, als gezegd, te vinden in de preambule van het *Grundgesetz* en in de artikelen 20 lid 2 en 146, waaruit volgens de Duitse constitutionele rechter volgt dat het volk *prima facie* niet dient te worden opgevat als optelsom van alle stemgerechtigde burgers, maar als in beginsel ongenormeerde politieke eenheid. In beginsel, want ook in Duitsland lukt het men niet helemaal los te komen van de paradox die soevereiniteit in meerdere opzichten schept. Denk even terug aan het vorige hoofdstuk, waarin een passage uit een uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* werd gebruikt om de wederzijdse afhankelijkheid te illustreren van internationaal recht ('völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit') en nationaal recht ('kollektiver Selbstbestimmung').⁷⁰ Deze paradox zou ook versleept kunnen worden naar een meer interne context. Naast de democratie uit artikel 20 GG is de andere pijler waar het *Grundgesetz* op rust de in artikel 1 GG neergelegde menselijke waardigheden. Deze bepalingen zouden elkaar, theoretisch gezien, in zoverre kunnen bijten, dat soevereiniteit dus kennelijk begrenzing vindt in bepaalde voorstellingen die in de sfeer van het natuurrecht liggen.⁷¹

De betekenis van het feit dat de *verfassungsgebende Gewalt* aan het al georganiseerde *Staatsvolk* wordt toegeschreven en niet zozeer aan een voorstatelijke grootheid, ligt vooral daarin, dat voorop staat dat het volk in de Duitse doctrine een zeer geprononceerde rol speelt ten aanzien van de werking en structurering van het democratische bestel.⁷² De bepalingen waarin het volk als *pouvoir constituant* wordt opgevoerd – met name artikel 20 lid 2 GG – drukken uit dat het volk niet alleen drager van staatsmacht is, maar via het met bevoegdheden bekleden van organen ook geacht wordt daadwerkelijk over zichzelf te regeren.⁷³ Hier is het verhelderend om Schmitt weer een keer op te voeren. Het begrip *Staat*, zo kwam in hoofdstuk twee naar voren, diende volgens hem te worden gedefinieerd als 'ein bestimmter Status eines Volkes, und zwar der Status politi-

van het *Grundgesetz* ten faveure van een nieuw te vormen *Verfassung* ex art. 146 GG (oud). Het *Grundgesetz* had oorspronkelijk namelijk het karakter van tijdelijke regeling en ging uit van de premisse dat bij zijn totstandkoming gehandeld werd namens het gehele Duitse volk, ook het gedeelte dat 'verhinderd' was.

⁷⁰ *Supra*, § 2.7.

⁷¹ Zie in dit verband e.g. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, 149-150.

⁷² Grawert, 'Staatsvolk und Staatsangehörigkeit', 119-122.

⁷³ Vgl. Böckenförde, 'Demokratie als Verfassungsprinzip', 433.

scher Einheit'.⁷⁴ In begrippen als *Staatsvolk* en *Staatsangehörigkeit* ligt dus besloten dat de verantwoordelijkheid van het volk zich niet beperkt tot *Staatsbildung*, maar zich, als concrete politieke grootheid, eveneens uitstrekt tot *Staats-erhaltung*.

In commentaren op het Duitse staatsrecht wordt nogal eens meewarig gekeken naar de focus die op het element *Staat* wordt gelegd. Staat, is dat – zeker in Europa – niet steeds meer een residu uit een voorbije tijd? Inzoomen op de politieke ondertoon van het begrip hoeft deze scepsis niet weg te nemen, maar kan wel duidelijk maken dat, in een tijd dat het *monarchische Prinzip* zich niet bepaald meer opdringt, het fenomeen in de eerste plaats refereert aan het thema zelfbeschikking. De Duitsers nemen dit thema een stapje verder dan bijvoorbeeld in Nederland gebruikelijk is. Democratie betekent in Duitsland dat de *demos* vrij letterlijk heer en meester moet zijn over het recht dat het in het leven wordt geacht te hebben geroepen. En dit heeft weer tot gevolg dat de speelruimte van de gewone wetgever of zelfs grondwetsherziener bij, bijvoorbeeld, het toekennen van het staatsburgerschap noodzakelijkerwijs begrensd is. Met de definitie van *Staatsvolk* wordt namelijk een *Legitimationskette* vastgelegd. Zou de wetgever of grondwetsherziener hiervan afwijken, dan breekt deze af en wordt de grond onder het *Grundgesetz* vandaan gehaald.⁷⁵ Als *pouvoir constitué* handelt hij in dat geval *ultra vires*; iets dat ook uit artikel 79 lid 3 GG kan worden afgeleid.

3.3.2 Duitse soevereiniteit en Europese integratie

De redenering dat Duitse staatsorganen, als *pouvoirs constitués*, geen onbeperkte vrijheid hebben om in het kader van de grondwet te handelen, komt men ook tegen in twee befaamde of, zo men wil, infame uitspraken van het *Bundesverfassungsgericht* over de relatie tussen het Duitse constitutionele recht en het Europese integratieproces: het *Maastricht*-oordeel, uit 1993, en het *Lissabon*-

⁷⁴ *Supra*, § 2.3.1.

⁷⁵ Kotzur, 'Die Demokratiedebatte in der deutschen Verfassungsrechtslehre', 360, brengt tegen de door het staatsburgerschap bepaalde gelijkstelling van 'staat' en 'volk' in dat zij berust op een logische contradictie. Hoe, vraagt Kotzur zich af, kan een ongebonden, soeverein volk dat zichzelf een constitutie geeft zich tegelijkertijd door dezelfde constitutie laten voorschrijven wie er tot het volk behoort? Zoals in hoofdstuk 2 werd belicht, lijkt het inderdaad niet eenvoudig om uit deze spagaat te raken. Net zo goed als een constitutionele ordening een volk (of een goddelijke macht of een andere soeverein) nodig heeft om zijn normatieve grondslag te kunnen verklaren, heeft een volk een staat die kan normeren nodig om zich uit zijn vormeloze, abstracte bestaan los te kunnen maken. (Zie ook Böckenförde, 'Demokratie als Verfassungsprinzip', 435-436.) Anders dan Kotzur lijkt te suggeren, is de erkenning van deze spagaat echter geen reden om de Duitse theorievorming op het thema van democratie zomaar van de hand te wijzen. Waarom dat geen goede reden is, wordt in deel 3 van deze studie uitvoerig behandeld.

HOOFDSTUK 3

oordeel, uit 2009.⁷⁶ In beide zaken werd het Hof gevraagd om zich uit te spreken over de grondwettigheid van de toetreding van Duitsland tot een Europees verdrag; respectievelijk het Verdrag van Maastricht en het Verdrag van Lissabon. Hoewel de rechter uit Karlsruhe allebei de keren uiteindelijk geen onoverkomelijke problemen zag in deelname, betoonde hij zich echter kritisch over de voorwaarden waaronder dit mogelijk was. Als *Hüter der Verfassung* dreigde hij zelfs met onverbindendverklaring van Europese regels die mogelijkwijze in de toekomst de grenzen van de Duitse goedkeuringswet zouden overschrijden. Ook hield het hof de mogelijkheid tot uittreding uit de EU open.

Aan de basis van deze overwegingen lag, in *Maastricht* nog enigszins verhuuld maar in *Lissabon* in het volle zicht, het beginsel van soevereiniteit. Aanleiding om hieraan te toetsen – wat concreet beoordeeld werd, waren de goedkeuringswetten voor toetreding tot genoemde verdragen – was een mogelijke schending van het in artikel 38 GG vervatte kiesrecht voor de Bondsdag: een grondrecht derhalve. Het *Bundesverfassungsgericht* koppelde dit recht aan artikel 20 lid 2 GG, één van de plaatsen waar de volkssoevereiniteit is neergelegd. Want, zo redeneerde het Hof in *Maastricht*, '(i)m Wahlakt geht die Staatsgewalt vom Volke aus'.⁷⁷ Door middel van deze koppeling legde het vervolgens uit dat er principiële grenzen zijn aan wat de Duitse staat in het kader van het speciaal voor het Verdrag van Maastricht in het leven geroepen artikel 23 GG aan Europese instituties kan overdragen. Dit in het licht van het feit dat artikel 20 GG, zoals reeds werd opgemerkt, één van de bepalingen is die door artikel 79 lid 3 GG wordt beschermd tegen aantasting door organen van de staat. Dat het *Grundgesetz* voorschrijft dat Duitsland een democratische staat is, gegrond op

⁷⁶ BVerfG 12 oktober 1993, 89, 155 (*Maastricht*); BVerfG 30 juni 2009, 123, 267 (*Lissabon*). Zie over het *Maastricht*-oordeel onder meer: Christian Tomuschat, 'Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts', 20 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (1993) 489; Joachim Wieland, 'Germany in the European Union – The Maastricht Decision of the Bundesverfassungsgericht', 5 *European Journal of International Law* (1994) 259; R. de Lange, 'Het Bundesverfassungsgericht over het Verdrag van Maastricht. Een nieuw Solange?', *SEW* (1994) 418; Neil MacCormick, 'The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now', 1 *European Law Journal* (1995) 259; De Witte, 'Sovereignty and European Integration', 296-300. Voor wat betreft het *Lissabon*-oordeel zij onder meer verwezen naar: Dieter Grimm, 'Defending Sovereign Statehood Against Transforming the Union Into a State', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 353; Christian Tomuschat, 'Lisbon – Terminal of the European Integration Process? The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009', 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010) 251; Roland Bieber, 'An Association of Sovereign States: Comments on the German Constitutional Court's Decision on the Lisbon Treaty', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 391; Daniel Thym, 'In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon judgment of the German Constitutional Court', 46 *Common Market Law Review* (2009) 1795; Jacques Ziller, 'Zur Europarechtfreundlichkeit des Deutschen Bundesverfassungsgerichtes: Eine ausländische Bewertung des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes zur Ratifikation des Vertrages von Lissabon', 65 *Zeitschrift für öffentliches Recht* (2010) 157.

⁷⁷ *Maastricht*, 171.

de soevereiniteit van het volk, betekende volgens het Hof dat democratische legitimatie van overheidshandelen primair moet plaatsvinden door de Bondsdag, de rechtstreeks gekozen wetgever. Democratie is in de ogen van het *Bundesverfassungsgericht* in de eerste plaats Duitse democratie, en geen Europese, vormgegeven door een met ruime bevoegdheden uitgerust Europees Parlement.

Met name het *Maastricht*-oordeel, maar ook het *Lissabon*-oordeel, heeft veel stof doen opwaaien. De vijandige toon die het Hof in veel ogen in zijn uitspraken aanslaat ten aanzien van het proces van Europese integratie, is niet bij iedereen in goede aarde gevallen en heeft zelfs twijfels opgeroepen over de motieven van het hof. *Maastricht* is ‘embarassing (...) even pathetic’ genoemd en zou getuigen van ‘nodeloos staatsdenken’.⁷⁸ En wie luisterde, kon in *Lissabon* echo’s horen van het motto ‘Ein Land, ein Volk, ein Richter’.⁷⁹ In deze studie worden zulke kwalificaties niet onderschreven. Vanuit het oogpunt van soevereiniteit wordt door de Duitse rechter in beide gevallen, wat de grote lijnen betreft, beweerdelijk betrekkelijk consequent geredeneerd. Als wordt aangenomen dat het *Grundgesetz* de uitdrukking vormt van de wil van een soeverein volk en datzelfde volk in dit document onder verhoogde bescherming heeft aangegeven in een door hem gelegitimeerde *staat* te willen leven, dan lijkt het niet alleen verdedigbaar dat er grenzen zijn aan wat in het kader van de EU geregeld kan worden, maar ook dat het daar via door hem opgerichte organen – in dit geval het Hof – ultieme zeggenschap over behoudt.⁸⁰

Dit betekent niet dat er geen kritiek kan worden geleverd op de soevereiniteitsconceptie die in beide uitspraken gevolgd wordt. Zo kan de vraag worden gesteld of het *Grundgesetz* een dergelijke lezing wel onderschrijft. Verschillende auteurs hebben erop gewezen dat de staatsgerichte interpretatie van het hof gebaseerd is op een ahistorische en tegen de geest indruisende benadering van het *Grundgesetz*.⁸¹ In de eerste plaats zou het de grondwetgever er in 1949, gezien de ervaringen in twee wereldoorlogen, juist om te doen zijn geweest om af te rekenen met een ‘autarkische’ conceptie van het fenomeen staat en het Duitse bestel klaar te maken voor intensieve internationale samenwerking. Dit zou onder meer volgen uit de preambule waarin wordt verwezen naar ‘einem verein-

⁷⁸ Resp. Weiler, ‘Does Europe Need a Constitution’, 222; Tim Koopmans, ‘Rechter, D-mark en democratie: het Bundesverfassungsgericht en de Europese Unie’, *NJB* (1994) 245, 249.

⁷⁹ W.T. Eijssbouts, ‘Ein Land, ein Volk, ein Richter’, *Het Financieele Dagblad* 3 juli 2009, 7. Vgl. in dezelfde trant ook H.C.F.J.A. de Waele, ‘Karlsruhe über Alles – Europese integratie, constitutionele toetsing en democratie volgens het Duitse *Bundesverfassungsgericht*’, *RM Themis* (2010) 51-63.

⁸⁰ Vgl. Paul Kirchhof, ‘The Balance of Powers Between National and European Institutions’, *5 European Law Journal* (1995) 225, 226-231; Hillgruber, ‘Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung’, 965-979.

⁸¹ E.g. Tomuschat, ‘Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts’, 496; Mattias Kumm, ‘Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice’, *36 Common Market Law Review* (1999) 351, 370-374.

HOOFDSTUK 3

ten Europa'. Daarnaast klinkt het verwijt dat bij een zuivere lezing op geen enkele manier uit het *Grundgesetz* blijkt dat democratie primair dient te worden bezien in het licht van de eigen staat. Zonder hiermee wat te willen zeggen over democratie op een Europees niveau, zou het *Grundgesetz* in artikel 20 volgens deze interpretatie alleen maar voorschrijven dat er in Duitsland op federaal niveau sprake moet zijn van een democratische ordening.

Verder zou men het *Bundesverfassungsgericht* kunnen tegenwerpen dat het met zijn volkssoevereiniteitsleer uiteindelijk vooral zichzelf sterk maakt.⁸² Dit raakt aan wat hierboven in de paragraaf over Frankrijk over de materiële invulling van de notie *pouvoir constituant* werd gezegd.⁸³ Kort gezegd, via een beroep op de democratie in pure, ongerepte vorm zou men uiteindelijk belanden bij een *gouvernement des juges*. Dit verwijt zou des te meer wringen daar men juist in Duitsland het zijn burgers nagenoeg onmogelijk heeft gemaakt om zich op een directe manier te bemoeien met staatsaangelegenheden. Anders dan in Frankrijk, waar het volk zich via referenda kan uitspreken, is het Duitse volk, om Rousseau te parafraseren, wat de grondslagen van de staat betreft misschien vrij, maar waar het om handelen gaat alom geketend.⁸⁴ Vanuit een historisch perspectief is een en ander begrijpelijk. Met de machtsovername van de Nazi's nog vers in het geheugen, wilde men koste wat kost voorkomen dat het volk in de toekomst als voorwendsel zou worden gebruikt om de opnieuw gevestigde democratische rechtsorde omver te werpen. Dat neemt niet weg dat de jurisprudentie van het Hof aanleiding kan geven voor de gedachte dat de Duitse *demos* nu vooral als excuus wordt gebruikt.⁸⁵ Conceptueel gezien is het nagenoeg ontbreken van referenda in Duitsland overigens wel weg te masseren. Aan repre-

⁸² Zie e.g. Koopmans, 'Rechter, D-mark en democratie', 250. Vgl. daarnaast De Witte, 'Sovereignty and European Integration', 281.

⁸³ Vgl. in dit verband ook W.T. Eijsbouts, 'Wir sind das Volk': Notes about the notion of 'The people' as occasioned by the Lissabon Urteil', 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 199.

⁸⁴ Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag*, 45. Vgl. voorts Jakab, 'Neutralizing the Sovereignty Question', 379-380. Zie ook art. 20 lid 2 GG, dat na de soevereiniteit van het volk eerst te funderen, vervolgens beslist vaststelt op welke manier zij dient te worden uitgeoefend. ('Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.') In deze stelligheid verschilt het *Grundgesetz* overigens weinig van grondwetten van andere landen die de volkssoevereiniteit huldigen. Vgl. naast art. 3 van de Franse *Constitution* e.g. art. 1 van de Italiaanse *Costituzione*.

⁸⁵ In het verlengde hiervan kan men ook kritiek hebben op de wijze waarop het Hof in zijn Europa-jurisprudentie het klachtrecht openstelt. Aanleiding om tot toetsing van de goedkeuringswet over te gaan was de vermeende schending van klagers grondrecht, terwijl het oordeel zich toch vooral ontrolt als een abstracte grondwettigheidstoets ten aanzien van het vraagstuk van *Kompetenz-Kompetenz*. Zie Tomuschat, 'Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts', 489.

sentatie lijkt binnen een soevereiniteitsparadigma nu eenmaal moeilijk te ont-komen, ongeacht de vraag of het volk direct dan wel indirect spreekt.⁸⁶

Evenals in Frankrijk heeft het Duitse soevereiniteitsdebat sterk aan actuali-teit gewonnen dankzij het proces van Europese integratie. Verschil is wel dat men in Duitsland ruime ervaring heeft met de uitdaging waarvoor de ontstane communautaire rechtsorde het denken over soevereiniteit heeft gesteld: de vraag of het concept kan worden gedeeld. Waar de Fransen zich gezien hun lange traditie met een eenheidsstaat gesteld zagen voor een relatief nieuw probleem, kan Duitsland bogen op een geschiedenis waarin die vraag veelvuldig is gesteld. Behalve op de vraag wie drager van de soevereiniteit was – het volk of de vorst(en)⁸⁷ – spitste het debat zich in de jaren rond de totstandkoming van het Duitse Rijk toe op het probleem bij welk niveau de soevereiniteit berustte of diende te berusten: het Rijk of zijn delen.⁸⁸ Aanvankelijk leek men in het mid-den te willen laten waar dit het geval was; iets wat duidelijk naar voren zou komen in Bismarcks ontwerp van de *Reichsverfassung*. Soevereiniteit was, voor zover van belang, een verschijnsel dat men kon verdelen over de verschillende staatsorganen. In de jaren na 1871 komt echter een stroming op die dit bestrijdt. Onder de eerder behandelde noemer staatssoevereiniteit wordt weliswaar nog verdoezeld wie drager van de *pouvoir constituant* is, maar wordt tegelijkertijd gedecideerd uitgedragen dat de soevereiniteit noodzakelijkerwijs in één hoogste punt verzameld is: in een bondstaat, zoals het Duitse Rijk, in de bond; in een statenverbond, zoals de oude Duitse Bond, in de verschillende deelgenoten.⁸⁹

Een en ander komt terug in de wijze waarop de verhoudingen in de huidige Bondsrepubliek worden gezien. Weliswaar is duidelijk dat de *Länder*, als rechtsoptvolgers van de oude staten die destijds in het Duitse Rijk zijn opgegaan, statelijke kwaliteit dient te worden toegedicht, dit kan echter niet verhullen dat de soevereiniteit die daaraan kleefte van beperkte aard is. Het *Grundgesetz* regelt de onderlinge relatie op een uitputtende manier en in geval van een conflict prevaleert bondsrecht boven landsrecht.⁹⁰ Dat de *Länder* op bepaalde gebieden

⁸⁶ *Supra*, § 1.4.

⁸⁷ Vgl. Hartmut Maurer, 'Entstehung und Grundlagen der Reichsverfassung von 1871', in: Joachim Burmeister en Michael Nierhaus (red.), *Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag* (München: Beck 1997) 29; Stefan Oeter, 'Souveränität – ein überholtes Konzept?', in: Hans-Joachim Cremer e.a. (red.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger* (Berlijn: Springer 2002) 259, 266-270.

⁸⁸ Zie Oeter, *Federalism and Democracy*, 62-67.

⁸⁹ Zie e.g. Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. I (Tübingen: Laupp 1876) 73-78, die betoogt dat een tussenweg zou neerkomen op de creatie van een 'chimera' (74-75). Feitelijk betekent dit dus misschien dat de federale staat dient te worden gezien als een soort van veredelde gedecentraliseerde eenheidsstaat. Eenzelfde zienswijze tref je aan bij Schmitt, *Verfassungslehre*, 372-373.

⁹⁰ Resp. art. 28 en art. 31 GG.

HOOFDSTUK 3

toch soeverein worden genoemd, lijkt daarom vooral van historische betekenis te zijn.⁹¹

Ook in de houding van het *Bundesverfassungsgericht* ten opzichte van de EU zijn sporen van deze school te herkennen. Sinds het *Maastricht*-oordeel betitelt het Hof de Unie als een *Staatenverbund*.⁹² Locus van het gezag in deze constellatie blijft, wat Duitsland betreft, volgens de Duitse rechter het *Grundgesetz*. En zolang dit document in werking is, kan de EU, ook gezien artikel 79 lid 3 GG, daarom niet uitgroeien tot een entiteit die met een staat te vergelijken is. Unierecht is in Duitsland verbindend, omdat artikel 23 GG daar de grondslag voor biedt, niet vanwege de *Van Gend & Loos*- en *Costa/ENEL*-jurisprudentie van het HvJ.⁹³ Europese regels hebben dan ook geen onvoorwaardelijke voorrang boven Duits recht. De soevereiniteit zelf blijft volgens de Duitse doctrine ondertussen in handen liggen van het Duitse volk. Niet voor niets spreekt artikel 23 GG van het overdragen van *Hoheitsrechte* – soevereine rechten – en niet van soevereiniteit. Wel wordt in Duitsland, evenals in Frankrijk, sinds de invoering van artikel 23 GG formeel erkend dat Europees recht van een andere orde is dan ‘gewoon’ internationaal recht. Daarvoor gold artikel 24 GG, de bepaling die een transformatiesysteem ten aanzien van internationale verdragen vestigt, als basis voor de gelding van Europees recht binnen de Duitse rechtsorde.

Tegen het spanningsveld dat met de kwalificatie van de Unie als *Staatenverbund* wordt gecreëerd, kan op verschillende manieren worden gekeken. Zelf betoogt het Constitutionele Hof dat het met het Europese Hof in een ‘Kooperationsverhältnis’ staat.⁹⁴ Zeker in het licht van de wijze waarop de Duitse Europa-jurisprudentie zich de afgelopen jaren lijkt te ontwikkelen, is dit geen inadequate manier om de relatie van het Hof met zijn collega in Luxemburg te omschrijven – ook met terugwerkende kracht tot de bekende *Solange I*-uitspraak, begin jaren zeventig, waarin het *Bundesverfassungsgericht* zich voor de eerste maal kritisch over de gevolgen van Europees recht voor het Duitse nationale recht uitliet.⁹⁵ Deze ‘Kooperationsverhältnis’ staat er echter niet aan in

⁹¹ Dat *Länder* tot op bepaalde hoogte ‘soverein’ zijn, komt o.a. tot uiting in het feit dat zij bepaalde bevoegdheden uitoefenen o.g.v. eigen landsgrondwetten, die zijn voortgekomen uit de wil van de eigen landsvolken, en dus niet herleidbaar zijn tot het *Grundgesetz*. Deze landsvolken zijn op hun beurt evenwel ‘*personell teildidentisch*’ met het soevereine Duitse volk, zodat vraagtekens kunnen worden gezet bij hun vermeende onafhankelijke karakter. Vgl. Duchateau, *Het Europees Parlement als transnationale volksvertegenwoordiging*, 104-107; Grawert, ‘Staatsvolk und Staatsangehörigkeit’, 123. Vgl. *infra*, § 7.3.

⁹² *Maastricht*, 181.

⁹³ Zaak 26/62, *Van Gend & Loos* [1963] ECR 3; Zaak 6/64, *Costa v. ENEL* [1964] ECR 1203. Vgl. Craig en de Búrca, *EU Law*, 272-283.

⁹⁴ *Maastricht*, 175. Vgl. ook Kirchhof, ‘The Balance of Powers Between National and European Institutions’; Andreas Voßkuhle, ‘Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund’, 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 175.

⁹⁵ BVerfG 29 maart 1974, 37, 271 (*Solange I*). Het *Bundesverfassungsgericht* bepaalde dat Unierechtelijke regels buiten toepassing moeten worden gelaten wanneer zij in strijd komen

de weg dat Karlsruhe zich nog altijd beschouwt als *ultimate arbiter* in Europese kwesties.⁹⁶ Hoe de *Europarechtfreundlichkeit* die in het Grundgesetz besloten ligt en door het Duitse Hof beleden wordt, precies moet worden gewogen, blijft daarom een lastige vraag.

Een van de meest fascinerende aspecten van de afgelopen jaren is aan de ene kant, zoals gezegd, dat de Duitse rechter een vrij flexibel gezicht laat zien, maar aan de andere kant dat hij, in de stroom van gebeurtenissen, wel steeds bepalender lijkt te worden voor de richting van het proces van integratie. Met gebeurtenissen wordt hier bedoeld op de eurocrisis. Zoals later nog uitvoeriger zal worden besproken, wordt het Hof, op basis van een doctrinair spoor dat het zelf heeft uitgelegd in vrij theoretische uitspraken zoals *Maastricht* en *Lissabon*, door bezorgde burgers actief betrokken bij de verschillende maatregelen die worden aangenomen om de eurobrand te blussen.⁹⁷ Het neemt in dit verband op het eerste gezicht een behoorlijk terughoudende rol in.⁹⁸ Meer onder de oppervlakte lijkt het mantra van het Hof dat democratie in Europa in de eerste plaats nationale democratie is, echter tegelijkertijd aan invloed te winnen. Steeds vaker hoor je de kreet dat de legitimatie van overheidsgezag dat in een Europese context uitgeoefend wordt, over de boeg van nationale parlementen moet verlopen. Zo'n kreet komt niet meteen in strijd met het principe van *Europarechtfreundlichkeit*. Wel spreekt er een bepaalde visie uit met betrekking tot de vraag *welk* Europa men vriendelijk wil bejegenen.

met grondrechten in de Duitse Grondwet. Aldus werd een nationale grondrechtentoets behouden zo lang (*solange*) het Unierecht geen 'von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist' (56); Zie ook BVerfG 7 juni 2000 102, 147 (*Bananen*). Hierover Miriam Aziz, 'Sovereignty Lost, Sovereignty Regained? Some Reflections on the Bundesverfassungsgericht's Bananas Judgment', Robert Schumann Centre, EUI Working Paper 2001/31, www.iue.it/RSCAS/Publications. Eerder sprak het *Bundesverfassungsgericht* zich op een dergelijke manier uit in de zaak *Solange II* (BVerfG 22 oktober 1986, 73, 339).

⁹⁶ Vgl. e.g. BVerfG 18 juli 2005, 113, 273 (*Europees aanhoudingsbevel*).

⁹⁷ Zie o.a. de uitspraken: BVerfG 7 september 2011, E 129, 124 (*Griekenland-Hilfe*); BVerfG 28 februari 2012, 2 BvE 8/11 (*European Financial Stability Facility*); BVerfG 19 juni 2012, 2 BvE 4/11 (*ESM/Euro-Plus-Pakt*); BVerfG 12 september 2012, 2 BvR 1390/12 (*ESM/Fiskalpakt*). Meest recentelijk kan gewezen worden op een prejudiciële vraag die door het Duitse Hof is voorgelegd bij het Europese Hof in Luxemburg – een novum voor het BVerfG – over de rechtmatigheid van een besluit van de Europese Centrale Bank van 6 september 2012 om het mogelijk te maken tot zogenaamde *Outright Monetary Transactions* (OMT) over te gaan. Karlsruhe zegt in de prejudiciële vraag zich ernstig af te vragen of het OMT-programma van de ECB niet in strijd komt met het Unierechtelijke verbod van monetaire financiering van nationale begrotingen (art. 123 VWEU). Zie www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-009en.html.

⁹⁸ *Infra*, § 9.7.2.

HOOFDSTUK 3

3.4 Nederland

3.4.1 Een theorie die ongelukkig maakt

Het Nederlandse constitutionele recht heeft weinig op met het leerstuk van soevereiniteit. In staatsrechtwerken wordt niet of nauwelijks aandacht besteed aan het fenomeen, en waar dat wel gebeurt, lijkt het erop dat men het begrip – in ieder geval waar het interne soevereiniteit betreft – op een andere manier benadert dan in andere landen het geval is.⁹⁹ Dit is goed verklaarbaar. Samen met Denemarken is Nederland de enige lidstaat van de EU waar geen soevereiniteitsconceptie aan de nationale rechtsorde ten grondslag ligt.¹⁰⁰ Opvallend is wel de geringe belangstelling voor de betekenis die in omringende landen aan de notie toekomt. De gedachte dat soevereiniteit een belangrijke rol speelt omdat het de uitoefening van overheidsgezag van een grondslag en legitimatie voorziet, met concrete gevolgen voor de toedeling van bevoegdheden, kom je zelden tegen.¹⁰¹ Als dat al het geval is, dan wordt benadrukt dat het leerstuk voornamelijk symbolisch van aard is. Meestal echter wordt soevereiniteit in Nederland gelijkgesteld met de *uitoefening* van soevereiniteit, bijvoorbeeld in Europees verband met de overdracht van bepaalde bevoegdheden. Dit terwijl in landen als Frankrijk en Duitsland over het algemeen buiten kijf staat dat in een internationaal kader weliswaar soevereine bevoegdheden kunnen worden overgedragen, maar dat zulks de statelijke soevereiniteit als zodanig niet aantast.

⁹⁹ Zie e.g. P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Deel II (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954) 1-5; L. Prakke, *Pluralisme en Staatsrecht*, Oratie Universiteit van Amsterdam (Deventer: Kluwer 1974); Ernst M.H. Hirsch Ballin, 'Soevereiniteit in de Europese Unie', 72 *NJB* (1997) 2005-2010; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (Deventer: Kluwer 2001) 67-70; Ibid., 'Soevereiniteit', 156; J.W. Sap, 'Vertegenwoordiging van het volk als soevereiniteitspretentie: Een pleidooi voor dialogisch staatsrecht', in: J.W.M. Engels en M. Nap (red.), *De ontwikkeling en toekomst van de vertegenwoordigende democratie* (Deventer: Kluwer 2004) 105; P.P.T. Bovend'Eert en H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse Parlement* (Deventer: Kluwer 2005) 7-8; J.J.J. Sillen, 'Verdragen die afwijken van de Grondwet en beperking van soevereiniteit. Een nieuwe benadering', 4 *RegelMaat* (2005) 129, 134-136. Tekenend is voorts dat één van de weinige bundels die aan soevereiniteit is gewijd, L.F.M. Besselink en A.W. Hins e.a., *Europese Unie en nationale soevereiniteit* (Deventer: Kluwer 1997), geheel aan de rechtstheoretische betekenis van het begrip voorbij gaat.

¹⁰⁰ Strikt genomen, is Nederland zelfs de enige lidstaat welke het zonder een soevereiniteitsbegrip doet. Historisch gezien, is de Deense constitutie namelijk het product van vorstenssoevereiniteit. Verder zij opgemerkt dat nagenoeg alle overige lidstaten uitgaan van het beginsel van volkssoevereiniteit. Alleen het Verenigd Koninkrijk vormt met zijn *sovereignty of parliament* een beetje een vreemde eend in de bijt.

¹⁰¹ Recentelijk, als gevolg van de toegenomen belangstelling voor soevereiniteit in Nederland door de eurocrisis, is dit beeld wat aan het kantelen. Zie e.g. Linda Senden, *Stuurloos Europa? Gedeeld gezag in beeld, woord en daad*, Oratie Universiteit Utrecht, uitgesproken op 6 november 2013. Zie eerder al: Hoogers en Van den Driessche, 'Een democratisch soevereiniteitsbegrip'.

Om te begrijpen waarom soevereiniteit in het Nederlandse staatsrecht zo'n geringe rol speelt, is het nodig om te kijken naar de totstandkomingsgeschiedenis van het Nederlandse Koninkrijk, dat in de periode 1813/1815 werd gebouwd op de brokstukken van het verslagen Napoleontische Keizerrijk. Evenals in andere landen die jarenlang onder Franse invloed hadden gestaan, bestond bij de leidende figuren van de Nederlandse restauratie veel weerzin tegen het revolutionaire beginsel van volkssoevereiniteit, waardoor de verschillende staatsregelingen werden gekenmerkt die ten tijde van de Bataafse Republiek het licht zagen.¹⁰² 'De theorieën hebben ons ongelukkig gemaakt', zou Van Hogendorp, geestelijk vader van het nieuwe staatsbestel, hierover hebben gezegd.¹⁰³ Tegelijkertijd was duidelijk dat men niet wilde terugkeren naar de dagen van de oude Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden, die aan gebrek aan daadkracht ten onder was gegaan. De grondwettelijke orde die in 1814 werd ingevoerd, bevatte dan ook een mengeling van oude en nieuwe elementen.¹⁰⁴ Zo was er aan de ene kant eerherstel voor het Huis van Oranje-Nassau, werden de oude provincies nieuw leven ingeblazen en deden de standen van weleer hun herintrede, maar werd aan de andere kant vastgehouden aan de gedachte van nationale eenheid en het codificatiestreven, welke gedurende de Franse tijd vorm hadden gekregen.

Aan het hoofd van de herstelde Nederlandse staat kwam Willem Frederik, zoon van de laatste, in 1795 naar Engeland vertrokken stadhouder, te staan; eerst als Souverein Vorst en in 1815, bij de vereniging met het huidige België, als Koning der Nederlanden. Aan hem werd door de Grondwet zowel de wetgevende als de uitvoerende macht opgedragen, met dien verstande dat hij de bevoegdheid tot wetgeving moest delen met een ander in ere hersteld instituut, de Staten-Generaal, die eveneens een nieuwe invulling kreeg. Van een onder bindend mandaat staande vergadering van afgevaardigden van de oude provincies werd dit getransformeerd in een vertegenwoordiging van het gehele Nederlandse volk; weliswaar gekozen door de Provinciale Staten, maar qua positie en taakstelling onmiskenbaar een nationaal parlement.

Hoewel duidelijk was dat het zwaartepunt bij de vorst kwam te liggen, hulde de Grondwet van 1814 zich in stilzwijgen over de vraag waarin de grondslag van de nieuwe staat moest worden gezocht. Een preambule of een andere positiefrechtelijke verwijzing hiernaar ontbrak. De Grondwet was het product van een commissie van veertien leden die op last van Willem, aan wie reeds bij zijn aankomst in Nederland in 1813 de waardigheid van Souverein Vorst was aangeboden, de opdracht had gekregen een staatsregeling te ontwerpen.¹⁰⁵ Als basis

¹⁰² Eerst de *Staatsregeling voor het Bataafsche Volk* van 1798, toen de *Staatsregeling des Bataafschen Volk* van 1801 en als laatste de *Staatsregeling des Bataafschen Volk* van 1805. Zie www.denederlandsegrondwet.nl.

¹⁰³ Geciteerd in Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 538.

¹⁰⁴ Zie voor een overzicht: H.T. Colenbrander, *Vestiging van het Koninkrijk (1813-1815)* (Amsterdam: Meulenhoff 1927) 48-92.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 48-60.

HOOFDSTUK 3

voor de beraadslagingen diende Van Hogendorps *Schets van een Grondwet voor het Koninkrijk Holland* uit 1812. Nadat het eindontwerp van de commissie was goedgekeurd door de vorst, werd besloten om dit voor te leggen aan een vergadering van 600 notabelen, welke op 29 maart 1814 bijeenkwam in de Nieuwe Kerk in Amsterdam. Binnen de procedure die tot de uitverkiezing van de notabelen moest leiden, was niet veel ruimte voor volksinvloed. Zij kwam tot stand op basis van een uit naam van de vorst opgestelde lijst die eerst een week lang ter inzage had gelegen in de verschillende kantons, onder de mogelijkheid voor de ingezetenen om hun afkeuring tegen bepaalde namen uit te spreken. Van dit recht is bijna geen gebruik gemaakt, zodat alle 600 geselecteerde personen voor de vergadering konden worden uitgenodigd.

De vergadering die in Amsterdam bijeenkwam, ontbeerde een grondwetgevend karakter, vergelijkbaar met conventies die in het verleden in de Verenigde Staten en Frankrijk voor de vervaardiging van grondwetten verantwoordelijk waren geweest. Zij had weinig bevoegdheden: haar mandaat omvatte ‘geen eigenlijke deliberatie’, maar strekte zich slechts uit tot ‘enkel een *ja* of *neen*’ van de aanwezigen.¹⁰⁶ Verder handelde het gezelschap niet uit naam van de natie, maar werd het verondersteld de ‘Vereenigde Nederlanden’ te representeren. Niettemin maakte het samenzijn duidelijk dat de grondslag voor de nieuwe ordening evenmin in de persoon van de vorst kon worden gezocht, zoals in veel andere landen onder de Restauratie het geval was.¹⁰⁷ Zijn rechtskracht ontleende de Grondwet van 1814 aan de instemming van de vergadering, niet aan de bewilliging van de vorst. Eerder al had Willem I de monarchenrol nadrukkelijk aanvaard ‘onder waarborging eener wijze constitutie’. Bovendien voorzag de Grondwet, anders dan voor een geoctroyeerde constitutie kenmerkend is, in een eigen wijzigingsprocedure.¹⁰⁸ De vorst was dus geen *pouvoir constituant*, formeel vrij om naar believen aanpassingen door te voeren of de grondwettelijke orde zelfs geheel terzijde te schuiven, maar gebonden aan de grenzen, hoe beperkt ook, die de constitutie hem stelde. Aan het feit dat Willem de titel Souverein Vorst droeg, mag in dit verband geen betekenis worden toegedicht. Hiermee werd vooral tot uitdrukking gebracht dat hij binnen de staat de leidende figuur was.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Ibid., 84-85. Van de 474 richting Amsterdam getogen notabelen stemden 448 vóór en 26 tegen de Grondwet.

¹⁰⁷ Zie H.G. Hoogers, ‘De verbeelding van de rede en de Europese Unie. Over politieke representatie in Nederland en haar toekomst’, in: Engels en Nap, *De ontwikkeling en toekomst van de vertegenwoordigende democratie*, 68-72.

¹⁰⁸ Vgl. het Franse *Charte* van 1814, welke een dergelijke regeling ontbeerde. Zie *ibid.*, 71. Overigens beschikten latere, met name Duitse geoctroyeerde grondwetten wel vaak over eigen wijzigingsprocedures. Conceptueel valt dit echter moeilijk te billijken. Vgl., treffend voor zulke innerlijke inconsistentie e.g. de Beierse *Verfassung* van 1818 die door Koning Maximiliaan Josef uit ‘*ebenso freien als festen Willens*’ aan zijn volk werd gegeven.

¹⁰⁹ Het gebruik van de term soevereiniteit in deze context lijkt overigens wel gedeeltelijk een verklaring te vormen voor het feit dat soevereiniteit in Nederland door staatsrechtjuristen

3.4.2 *Misschien toch Nederlandse soevereiniteit?*

Als de grondslag voor de uitoefening van overheidsgezag – de soevereiniteit – in het Nederlandse staatsrechtelijke bestel dat begin negentiende eeuw het leven zag, niet in de monarch of het volk gevonden kon worden, waarin lag die dan wel? Positiefrechtelijk gezien, moet het antwoord hierop luiden dat een dergelijke grondslag simpelweg ontbrak. Nederland werd in 1814 een constitutionele monarchie, die gekenmerkt werd door beginselloosheid.¹¹⁰ In retrospectief is het uiteraard mogelijk om, mede gelet op de ontwikkeling die het staatsbestel heeft doorgemaakt, een bepaald concept onder onze staat te leggen. Zo is wel eens betoogd dat de gelding van de Nederlandse rechtsorde op de soevereiniteit van de rede, het concept afkomstig van de Franse *doctrinaires*, gebaseerd zou kunnen worden.¹¹¹ Dit omdat in de Nederlandse Grondwet meerdere aanknopingspunten te vinden zouden zijn voor de stelling dat het constitutionele systeem zo is geconstrueerd dat de verschillende staatsorganen, en dan met name het parlement, de redelijke belangen van het volk representeren. In historisch opzicht zitten er aantrekkelijke kanten aan deze lezing. Het is bekend dat Thorbecke, die een belangrijke factor was bij de totstandkoming van de Grondwet van 1848, geïnspireerd werd door de Franse politicus Guizot, één van de doctrinaire voor mannen.¹¹² Voor een stelsel waarin de volheid van bevoegdheden uitging van het volk – een idee dat in het Europese revolutiejaar 1848 de gemoederen weer hartstochtelijk bezighield – voelde Thorbecke weinig.

Soevereiniteit van de rede is, zoals eerder werd besproken, bij uitstek een liberaal leerstuk; met ‘liberaal’ in de vroeg-negentiende-eeuwse betekenis van anti-democratisch.¹¹³ Ondanks haar moderne karakter vertoont de notie, met haar specifieke voorstelling van een gematigde en redelijke overheid, echter gelijkenissen met het prerevolutionaire en ook prebodiniaanse ideaal van *regimen mixtum*, de middeleeuwse constitutie. Dit *regimen mixtum* is de achtergrond van de soevereiniteitsconceptie van een (andere) staat waar het Nederlandse constitutionele bestel in niet onbelangrijke mate naar is gemodelleerd: het Ver-

anders wordt geïnterpreteerd dan in andere landen. Zie in dit verband e.g. P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Deel I (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1947) 3-8, die o.a. uit het feit dat Willem op voorwaarde van een grondwet de soevereiniteit aanvaardde, afleidt dat soevereiniteit, verstaan als bundeling bevoegdheden, in Nederland van meet af aan een beperkte betekenis heeft gehad.

¹¹⁰ Zie E.H. Kossmann, *De Lage Landen 1780-1908: Twee eeuwen Nederland en België*, Deel I (Amsterdam: Olympus 2005) 96.

¹¹¹ Zie Hoogers, ‘De verbeelding van de rede en de Europese Unie’, 72-81.

¹¹² Zie Jan Drentje, *Thorbecke: Een filosoof in de politiek* (Amsterdam: Boom Uitgeverij 2004) o.a. 238-245; 262-264. De rol van Thorbecke wordt gerelativeerd in J. Th.J. van den Berg en J.J. Vis, *De eerste honderdvijftig jaar: Parlementaire geschiedenis van Nederland 1796-1946* (Amsterdam: Bert Bakker 2013).

¹¹³ *Supra*, § 2.6.2.

HOOFDSTUK 3

enigd Koninkrijk.¹¹⁴ De basale gedachte van deze soevereiniteitsconceptie, de *sovereignty of Parliament*, was dat de samenleving er het meest bij gebaat was wanneer de drie drijvende krachten hierin – de vorst, de adel en de burgerij – met elkaar samenwerkten op een gelijkwaardige manier.¹¹⁵ In 1814, toen de eerste grondwet voor het (latere) Koninkrijk tot stand kwam,¹¹⁶ werd dat beeld door sommige leidende figuren ook zeer positief gewaardeerd. Zodanig dat het, historisch gezien, misschien wel overtuigender is om met betrekking tot een eventuele grondslag voor de Nederlandse staat te denken aan de *sovereignty of Parliament* dan aan de soevereiniteit van de rede.

In dit verband is het aardig om even stil te staan bij de persoon die de *founding father* van de Nederlandse Grondwet zou kunnen worden genoemd: Gijsbert Karel van Hogendorp (1762-1834). Diens *Schets*, als gezegd in grote lijnen de blauwdruk voor de Grondwet van 1814, was doortrokken van het prerevolutionaire tijdperk. Een centrale notie in de denkbeelden van de geboren Rotterdammer was de zogenaamde ‘oude voet’, een term waarmee hij de zegeningen van het oude bewind samenvatte. Daarbij doelde Van Hogendorp niet alleen op de situatie van vóór 1795, maar ook en misschien wel meer nog op de situatie van vóór 1572, het jaar waarin de Nederlandse Opstand met de val van Den Briel achteraf gezien een beslissende wending nam en de Bourgondische centralisatiepolitiek definitief verleden tijd bleek.¹¹⁷ Van Hogendorps ideaalbeeld was dus in feite een enigszins archaïsche staat, waarin de vorst de landsheerlijkheid was opgedragen en de Staten-Generaal, als vertegenwoordiging van bovenstaande groepen, op essentiële punten aan de regering deelnam.¹¹⁸ Een staat, die

¹¹⁴ Zie Kossmann, *De Lage Landen*, 97-103. In een aantal opzichten, met name wat betreft de positie van de Koning, zette men zich in Nederland juist ook heel nadrukkelijk af van het Engelse constitutionele systeem. Zie G.P. van Nifterik, ‘Van Hogendorp en de ministeriële verantwoordelijkheid: Tevens een kritische beschouwing van een hoofdstuk uit het proefschrift van Van Velzen’, *RM Themis* (2007) 155.

¹¹⁵ *Supra*, § 1.5.

¹¹⁶ Formeel werd Nederland pas een koninkrijk in 1815. Dit nadat Willem I, als gevolg van de vereniging van Nederland met België, op 16 maart van dat jaar bij proclamatie de koningstitel aannam. In de *Grondwet voor de Vereenigde Nederlanden* van 1814, waar de Zuidelijke Nederlanden nog geen deel van uitmaakten, kreeg Willem als gezegd de titel *Souverein Vorst* opgespeld.

¹¹⁷ Colenbrander, *Vestiging van het Koninkrijk*, 61. Vgl. ook H.T. Colenbrander, *Ontstaan der Grondwet*, Deel I (Den Haag: Martinus Nijhoff 1908) 56-64.

¹¹⁸ Door recent historisch onderzoek is het beeld van Gijsbert Karel van Hogendorp als conservatieve politicus gaan kantelen. In zijn biografie over Van Hogendorp, *Wonderjaren: Gijsbert Karel van Hogendorp: Wegbereider van Nederland* (Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2013) beschrijft Diederick Slijkerman dat Van Hogendorp in werkelijkheid sterk was beïnvloed door liberale en reolutionaire ideeën. Realisme wat betreft de internationale politieke context van die tijd zou er echter voor gezorgd hebben dat Van Hogendorp zijn constitutionele plannen voor Nederland met een conservatief sausje overgoot. Zie ook Diederick Slijkerman, ‘Vader van Nederland: Gijsbert Karel van Hogendorp (1762-1834)’, 177 *De Gids* (2014) 6-9.

in ideologisch opzicht deed denken aan een verleden waarin een Bodiniaanse soevereiniteitsconceptie nooit echt had kunnen wortelen.¹¹⁹

Uiteindelijk kan een lezing volgens welke de soevereiniteit bij het parlement wordt geacht te liggen, niet worden aanvaard. Hoewel Van Hogendorp hier een andere voorstelling van had, is de Nederlandse constitutie mettertijd steeds meer van de Engelse gaan verschillen; in plaats van met elkaar te vergroeien, zijn de Kroon en de Staten-Generaal op fundamentele punten juist tegenover elkaar komen te staan.¹²⁰ Tel hierbij op dat Nederland, anders dan het Verenigd Koninkrijk, van begin af aan een geschreven constitutie heeft gehad, en het wordt mogelijk te verklaren waarom het parlement zich in Nederland niet heeft kunnen ontwikkelen tot de inclusieve eenheid die het in het Verenigd Koninkrijk is. Dit is een belangrijk punt. Het voor soevereiniteit kenmerkende absolute karakter dat met deze eenheid samenhangt, heeft de Britten in staat gesteld geleidelijk te vergeten dat hun constitutie oorspronkelijk een compromis tussen de standen vormde.¹²¹ Toen het in het Verenigd Koninkrijk gedurende de achttiende en negentiende eeuw een probleem werd dat de vorst en de adel politieke invloed uitoefenden, konden deze actoren inhoudelijk gezien naar de achtergrond verdwijnen, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de fictie van een soeverein *regimen mixtum*.

Door Oud is ooit voorgesteld om in Nederland de grondwetgever soeverein te noemen.¹²² Op deze manier zou je – met de Koning, Tweede Kamer en Eerste

¹¹⁹ Dit omdat deze ontwikkeling werd doorkruist door het conservatieve karakter van het Nederlandse staatsvormingsproces en later ook niet meer in zou zetten door de precare machtsbalans in het confederale stelsel van de Republiek. Ironisch genoeg, speelde het begrip soevereiniteit in de ontstaansjaren van de Republiek wel een zeer grote rol. De leiders van de Opstand, Willem van Oranje voorop, troostten zich aanvankelijk grote moeite om de wereld ervan te overtuigen dat hun strijd niet gericht was tegen hun wettelijke soeverein, Philips II, maar tegen ondergeschikten van de landsheer zoals Alva, die met hun 'misdaden' ook in strijd met de belangen van de soeverein handelden. Ook in latere fasen van de Opstand, zoals bij de afzwering van Philips in het *Plakkaat van Verlatinghe* en bij het vinden van een opvolger, kwam de notie veelvuldig naar voren. Het moge inmiddels duidelijk zijn dat hiermee echter een ander soort soevereiniteit werd bedoeld dan het type dat door Bodin werd geconstrueerd: in plaats van dynamisch en een bron van bevoegdheden, werd het naar laatmiddeleeuws gebruik vooral verstaan als constitutioneel beginsel gericht op het waarborgen van oude vrijheden. Zie E.H. Kossmann, 'De 'Nederlandse Opstand: Constitutie, autonomie en soevereiniteit', in: *Geschiedenis is als een olifant*, 53, i.h.b. 70-71 en 86-87.

¹²⁰ Vgl. Colenbrander, *Vestiging van het Koninkrijk*, 67, die benadrukt dat Van Hogendorp de Staten-Generaal niet tegenover de regering, maar als daaraan deelhebbende zag. Merk in dit verband ook op dat de positie van de Staten-Generaal binnen het staatsbestel op belangrijke punten afweek van het machtscheidingsschema zoals door Montesquieu was neergelegd. Er was, naar Engels model, eerder een scheiding van ambten dan van functies. Op papier was in de Grondwet van 1814 weliswaar een vrij strikte scheiding aangebracht tussen de uitvoerende en wetgevende macht, bij nadere bestudering diende de wetsvorm hoofdzakelijk als een manier om de medewerking van de Staten-Generaal af te dwingen.

¹²¹ *Supra*, § 1.5.

¹²² Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Deel II, 5-6.

HOOFDSTUK 3

Kamer – ook alle ‘krachten’ uit de samenleving bij elkaar hebben; en nu zonder de positiefrechtelijke beperkingen van een grondwet. Hier begint de bespreking echter een beetje zijn historische verklarende doel voorbij te schieten. Als gezegd, kan de *sovereignty of Parliament* waarschijnlijk alleen maar de grondslag van het Britse staatsbestel vormen vanwege de aanwezigheid van bepaalde condities waaronder het oude politieke krachtenveld een moderne vorm kon krijgen. Zo zijn de zaken in Nederland niet verlopen. Onder meer omdat zijn *Schets* op enkele punten werd gewijzigd, bleek dat het staatsrechtelijke systeem anders functioneerde dan Van Hogendorp voor ogen had. Het koningschap van Willem I, die niet voor niets vaak wordt aangeduid als een verlicht despoot, betoonde zich zelfs uitgesproken monarchaal. De bekende grondwetswijziging van 1848, een late reactie hierop, bood vervolgens weliswaar nog plaats voor het koningschap, maar was overwegend toch een fundamentele stelselwijziging die definitief afrekende met Van Hogendorps ‘oude voet’. En zonder middeleeuws fundament is het door Oud voorgestelde concept van een soevereine grondwetgever een modern concept, dat – ten onrechte – geen oog heeft voor een preconstitutie context waarin een transcendente grootheid ten opzichte van het staatsbestel kan verschijnen. Zonder middeleeuws fundament stelt Oud namelijk dat een *pouvoir constitué* zonder hulp van een *pouvoir constituant* de werking van de rechtsorde kan verklaren.

Het concept soevereiniteit van de rede lijkt in eerste instantie aan dit bezwaar tegemoet te kunnen komen. De rede neemt bij de doctrinaren namelijk wel een transcendente positie in. Zoals in het vorige hoofdstuk werd betoogd, is een conceptueel probleem van de soevereiniteit van de rede echter, op haar beurt, dat zij, op grond van haar eigen premissen, beweerdelijk niet goed te onderscheiden is van volkssoevereiniteit. Met zijn focus op de ratio vormt het liberale concept ook een ‘grand democratic ideal’.¹²³ En daarmee zijn we eigenlijk weer terug bij af. Want een notie van volkssoevereiniteit ligt, zo is in staatsrechtelijk Nederland de *commune opinio*, in ieder geval niet aan de Grondwet ten grondslag.

Of toch wel? In een interessante recente historische studie over de ontwikkeling van de ministeriële verantwoordelijkheid, heeft Slijkerman erop gewezen dat van liberale zijde (!) in de roerige jaren zestig van de negentiende eeuw, rond de vestiging van de vertrouwensregel, nadrukkelijk een beroep werd gedaan op de soevereiniteit van de natie.¹²⁴ Evenmin als de vertrouwensregel zelf, heeft dit nooit een positiefrechtelijke vertaling gekregen. Het lijkt geen twijfel dat dit een belangrijk argument tegen het aannemen van een Nederlandse notie van volkssoevereiniteit is. Hier staat echter tegenover dat de werking van het Nederlandse staatsrechtelijke systeem moeilijk te verklaren is op grond van het

¹²³ *Supra*, § 2.6.2.

¹²⁴ Zie Diederick Slijkerman, *Het geheim van de ministeriële verantwoordelijkheid: De verhouding tussen koning, kabinet, Kamer en kiezer, 1848-1905*, diss. Universiteit Leiden (Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2011) hfdst. 4 en 5.

‘rationele’ systeem dat onder leiding van Thorbecke tot stand kwam. Crux hiervan was de dualistische verhouding tussen Kroon/regering en parlement, waarbij dualisme indertijd – veel meer dan nu het geval is – de lading had dat er constitutionele grenzen zaten aan wat de Staten-Generaal tegenover de regering kon afdwingen. Deze grenzen zijn er vandaag nog steeds.¹²⁵ Door de (moderne) werking van de vertrouwensregel zijn zij echter al geruime tijd vervaagd; dit vooral omdat deze werking gekenmerkt wordt door de assumptie dat *rationele* grenzen ontbreken bij het activeren van de regel.¹²⁶ Daarmee vertoont de vertrouwensregel een duidelijke verwantschap met het principe van volkssoevereiniteit, dat, hoewel ten gronde weliswaar rationeel, in existentiële zin een ‘bevoegdheid’ betreft die niet genormeerd is.

3.4.3 *Gevolgen van het ontbreken van een soevereiniteitsconceptie*

De these dat aan het Nederlandse constitutionele recht het beginsel van volkssoevereiniteit ten grondslag ligt, zal door veel staatsrechtjuristen ongetwijfeld als controversieel ervaren worden. Tegelijkertijd is het de vraag of zij er minder om slapen als de these toch op tafel wordt gelegd. Zeker voor wat betreft de verhouding tussen parlement en regering kan namelijk worden volgehouden dat de vraag of zo’n conceptie al dan niet dient te worden aangenomen, geen noemenswaardige consequenties heeft voor de rechtspraktijk. Tal van eigenschappen van het Nederlandse constitutionele recht verhouden zich weliswaar moeizaam tot een eventuele conceptie van (volks)sovereiniteit, maar doen verder niet af aan de indruk dat het Nederlandse parlementaire systeem niet veel verschilt van stelsels die het beginsel van volkssoevereiniteit als uitgangspunt hebben. Denk aan het thema wetgeving. De Staten-Generaal zijn ‘slechts’ medewetgever: grondwettelijk gezien komt hun geen hiërarchisch hogere positie toe dan de Kroon.¹²⁷ Wat de invulling van deze rol binnen het wetgevingsproces

¹²⁵ Dit is bijvoorbeeld merkbaar op het terrein van de buitenlandse betrekkingen. Zie L.F.M. Besselink, ‘Parlement en buitenlandse politiek: Over Constitutionele relaties en de buitenlandwereld: een drieluik’, in: J.Th.J van den Berg, J.L.W. Broeksteeg en L.F.M. Verhey (red.), *Het Parlement* (Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2007) 177-204.

¹²⁶ Modern, omdat door veel mensen voor de jaren zestig al werd aangenomen dat er sprake was van een vertrouwensrelatie tussen parlement en regering. Modern was dat afbreuk werd gedaan aan de wederkerigheid van deze dus reeds gevestigde regel. Zie Slijkerman, *Het geheim van de ministeriële verantwoordelijkheid*, 43-48.

¹²⁷ Gelet op de volgorde die de Grondwet aan houdt met betrekking tot het noemen van regering en parlement is eerder het omgekeerde waar. Weliswaar geldt de regel ‘*rubrica non est lex*’, niettemin is het opvallend dat de grondwetgever, ook nadat bij de laatste integrale grondwetsherziening in 1983 van bepaalde zijden werd aangedrongen op omkering hiervan, de Koning nog steeds voor de Staten-Generaal plaatst. Zie uitgebreid over eigenaardigheden die op deze manier te verklaren zijn: Hoogers en Van den Driessche, ‘Een democratisch soevereiniteitsbegrip’. Zie ook Ilse van den Driessche, *Politieke ministeriële verantwoorde-*

HOOFDSTUK 3

betreft, is echter niet meteen goed zichtbaar waarin zij onderdoen voor collega-parlementen die, op grond van het beginsel van volkssoevereiniteit, wel aan de top van de piramide staan. Bijna overal hebben parlementen te maken met de realiteit van regeringen als ‘motoren van het staatsbestel’.¹²⁸

Een recente situatie brengt het beeld dat het vraagstuk van soevereiniteit praktisch irrelevant is voor de praktijk toch een beetje aan het wankelen. De bewuste situatie deed zich voor in het Caribisch deel van het Koninkrijk, op Curaçao. Daar onstond halverwege 2012 een ernstig politiek conflict tussen de regering en het parlement, de Staten. Op een zeker moment gedurende dit conflict, toen bleek dat het Curaçaose kabinet niet langer op een meerderheid kon rekenen in de Staten, bood premier Schotte zijn ontslag aan bij de vertegenwoordiger van de Koning op het eiland, de Gouverneur, aan. Vervolgens, ten einde verkiezingen uit te schrijven, nam de regering een besluit aan om de Staten te ontbinden. Tot zover was er, staatsrechtelijk gesproken, weinig aan de hand. Hierna kwam men echter op glad ijs terecht. Anders dan gebruikelijk is in de Nederlandse verhoudingen, wenste een meerderheid in de Staten de verkiezingen niet af te wachten en werd tegen het demissionaire kabinet – een kabinet dus dat al op weg was naar de uitgang – een motie van wantrouwen aangenomen.¹²⁹ Grote vraag was nu: diende het kabinet hieraan gevolg te geven? Premier Schotte meende van niet en verschanste zich, onder uitroepen dat tegen hem een coup werd gepleegd, zelfs een tijdje in het regeringsgebouw Fort Amsterdam. Dit nadat de Gouverneur besloten had op een verzoek van de Staten in te gaan om Schotte en zijn ministers te ontslaan en een interim-kabinet te benoemen.

Met bovenstaande vraag raakte het constitutionele conflict op Curaçao aan de kern van het probleem dat zojuist, over de werking van de vertrouwensregel, werd opgeworpen. Het argument van Schotte, dat een motie van wantrouwen tegen een reeds demissionair kabinet zonder zin is en dat reeds een ontbindingsbesluit was gevallen, is eigenlijk alleen maar goed verdedigbaar vanuit het ratio-

lijkheid: Het Nederlandse begrip in rechtsvergelijkend perspectief, diss. Rijksuniversiteit Groningen (Deventer: Kluwer 2005) 222 e.v.

¹²⁸ Vgl. Bovend'Eert en Kummeling, *Het Nederlandse Parlement*, 10-11. Dat gezegd hebbende, wordt in het kader van het Europese integratieproces echter wel in toenemende mate zichtbaar waar het verschil in representatieopdracht toe kan leiden. De Bondsdag wordt door het Duitse Constitutionele Hof, op grond van de uit het *Grundgesetz* voortvloeiende premisse dat het parlement de primaire representant van het soevereine Duitse volk vormt, verplicht gesteld een actieve en dominante rol te spelen waar het belangrijke beleidsterreinen (zoals begrotingszaken) betreft. Vanwege het ontbreken van een duidelijke soevereiniteitsconceptie ontbreekt in Nederland ook een duidelijke grondslag voor een dergelijke rol voor de Nederlandse Staten-Generaal. Zie meer hierover *infra*, § 9.7.2.

¹²⁹ Wat het parlementaire stelsel betreft, functioneert het Curaçaose staatsrecht in beginsel hetzelfde als het Nederlandse. Zie over de crisis: Jan Willem van Rossem, ‘Constitutionele crisis op Curaçao’, *NJB* (2012) 2545-2547; Arjen Van Rijn en Lodewijk Rogier, ‘Constitutionele crisis in Curaçao’, *NJB* (2012) 2548-2549; P.P.T. Bovend'Eert, ‘Constitutionele crisis in Curaçao. Een reactie’, *NJB* (2012) 3028-3030.

nele, op machtscheiding gebaseerde systeem zoals destijds door Thorbecke is uitgedacht. Als gezegd is het echter de vraag of dit systeem, door de manier waarop de vertrouwensregel sinds de periode 1866-1868 wordt geformuleerd, niet inhoudelijk is veranderd. Dit pleit kan mogelijk alleen maar beslecht worden door een positie in te nemen over de vraag van soevereiniteit.¹³⁰ De kwestie op Curaçao is voor Nederland dus mogelijk, na eerder al de kwestie Mijer en de Luxemburgse kwestie, een uitzonderingstoestand in de geest van Schmitt, die een dergelijke situatie beschreef in Pruisen.¹³¹

Curaçao is niet het enige deel van het Koninkrijk waar de vraag naar soevereiniteit sluimert. Ook in Nederland zelf heeft zich recentelijk een ontwikkeling voorgedaan met gevolgen voor de doctrine met betrekking tot het parlementaire stelsel: de kabinetsformatie. Aangezien de speelruimte in dit verband nagenoeg ongenormeerd is, valt er formeel weinig aan te merken op de handelswijze van de Tweede Kamer bij het opeisen, in 2012, van het recht om het formatieproces te begeleiden. Dat laat onverlet dat er, vanuit het perspectief van diezelfde uitzonderingstoestand, toch wel wat merkwaardigs zit aan het optreden van de Tweede Kamer. Wat (of wie) gaf de Tweede Kamer eigenlijk precies dit recht?¹³²

Met de kwestie op Curaçao en de gang van zaken rond de kabinetsformatie, wordt al concreter waarom het zou kunnen uitmaken dat Nederland geen soevereiniteitsconceptie kent. Helemaal concreet wordt dit als de blik wordt afgewend van de interne politieke verhoudingen tussen parlement en regering en wordt gericht op de externe dimensie van het Nederlandse constitutionele recht. Gezien het onderwerp van dit boek is uiteraard met name de vraag interessant in hoeverre het, volgens de bestaande leer, ontbreken van zo'n conceptie gevolgen

¹³⁰ In deze zin ook Bovend'Eert, 'Constitutionele crisis in Curaçao', 3028. In mijn naschrift hierop, op p. 3031, scheid ik de vraag van soevereiniteit nog van de aard van de vertrouwensregel (die, zo betoog ik in het NJB, onder andere verklaart waarom de motie van wantrouwen van de Curaçaose Staten niet 'zonder zin' was). Bij nader inzien is deze scheiding echter wellicht niet geheel terecht, nu de verruiming van de vertrouwensregel in de periode 1866-1868 blijkens de hierboven genoemde studie van Slijkerman heel nadrukkelijk gepaard ging met een beroep op de soevereiniteit van de natie.

¹³¹ § 1.6.

¹³² Het enige Kamerlid dat deze bevoegdheidsvraag stelde was Kees van der Staaij, politiek voorman van de doorgaans staatsrechtelijk goed onderlegde SGP (zie *Handelingen II* 2011/12 60, 53 en *Handelingen II* 2011/12 66, 42-43). Nog weer een andere illustratie van de sluimerende soevereiniteitskwestie in Nederland biedt een opmerking van voormalig GroenLinks Tweede Kamerlid Ineke van Gent, in de zomer van 2012, over de eed die ministers ten overstaan van de (toen nog) Koningin afleggen. In een betoog om deze eedaflegging in de sfeer van openbaarheid te laten plaatsvinden, stelde Van Gent dat het 'mooi (is) als ministers, dienaren van het volk, ook ten overstaan van het volk de eed afleggen'. (Cursivering van mij, JWvR.) Zie Raoul du Pré, 'Kamer blijft bij publieke eed ministers', *De Volkskrant* 11 juli 2012, online beschikbaar op: www.volkskrant.nl/vk/nl/10637/VK-Dossier-Verkiezingen-van-2012/article/detail/3284991/2012/07/11/Kamer-blijft-bij-publieke-eeadministers.dhtml.

HOOFDSTUK 3

heeft voor de relatie tot de EU. Ter voorbereiding hierop eerst echter wat woorden over de verhouding van Nederland tot de wereld in algemene zin.

Het Nederlandse recht inzake buitenlandse betrekkingen behoort tot een van de meest gecompliceerde maar ook fascinerende gebieden van het nationale constitutionele recht. In buitenlandse tekstboeken wordt het vaak aangehaald als *hors catégorie* wat betreft de openheid die wordt aangenomen ten aanzien van de internationale rechtsorde. In Nederland, zo wordt afwisselend met verwondering en bewondering opgemerkt, hebben internationale normen zelfs voorrang boven de eigen Grondwet! Dit beeld behoeft enige aanpassing; alleen een bepaalde categorie van volkenrechtelijke bepalingen, te weten, bepalingen die een ieder verbindend zijn, wordt deze voorrang verleend.¹³³ Deze aantekening doet echter weinig af aan het in het buitenland bestaande beeld van een open Grondwet. Wat verklaart deze open houding? En wat wordt hiermee precies tot uitdrukking gebracht?

Voorop kan worden gesteld dat de open houding van Nederland tegenover internationaal recht een lange tijd terug gaat. Dit begint ermee dat reeds in de negentiende eeuw min of meer gemeengoed was dat volkenrecht rechtstreeks doorwerkt in de nationale rechtsorde en daar rechten en plichten in het leven kan roepen. Formeel wordt voor het ontstaan van deze regel vaak aangeklopt bij het door de Hoge Raad in 1919 gewezen arrest *Grenstractaat Aken*.¹³⁴ Al in de beginjaren van het Koninkrijk voelde de rechter zich echter een aantal keer geroepen om aan een verdrag interne werking toe te kennen.¹³⁵ Interessant is de vraag waarom dit gebeurde. Aanvankelijk leek deze praktijk vooral te maken te hebben met het doorsijpelen van het besef dat door de overheid verrichte handelingen op het gebied van buitenlandse betrekkingen gevolgen kunnen hebben binnen de eigen rechtssfeer. Extern optreden van de regering, dat zich grotendeels aan het zicht van het nationale staatsrechtelijke bestel onttrok, werd zodoende geconstitutionaliseerd. Deze praktijk werd verder versterkt toen in 1848 in de Grondwet werd vastgelegd dat verdragen die ‘wettelijke regten’ behelsden goedkeuring nodig hadden van de Staten-Generaal, waarmee in materiële zin aansluiting werd gezocht op de wetgevende bevoegdheid van het parlement. Uit de in dat jaar opgenomen bepaling ontwikkelde zich bovendien de gedachte dat de regering bij het sluiten van verdragen was gebonden aan de grenzen die de

¹³³ Zie J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, diss. Radboud Universiteit Nijmegen (Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004).

¹³⁴ HR 3 maart 1919, NJ 1919, 371 (*Grenstractaat Aken*).

¹³⁵ *Grenstractaat Aken* vormde de eerste maal dat de rechter zich geroepen zag te oordelen over de verenigbaarheid van een verdrag met een *jongere* wetsbepaling. Zie Joke de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast: Een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden ‘vinden geen toepassing’ in artikel 94 van de Grondwet*, diss. Erasmus Universiteit Rotterdam (Boom Juridische uitgevers 2012) 46-53. Vgl. ook J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland: Een studie naar de verhouding tussen nationaal en internationaal recht in historisch perspectief* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992) 13-36, i.h.b. 30-34.

Grondwet haar op nationaal niveau stelde.¹³⁶ Niet alleen was er dus een duidelijke koppeling tussen de doorwerking van internationaal recht en het nationale recht, ook werd ten aanzien van buitenlands beleid in toenemende mate het belang van de Grondwet ingezien.

Vanaf de twintigste eeuw krijgt het debat over de verhouding tot de internationale rechtsorde steeds meer een ideologisch karakter. Onder aanvoering van een jurist als Eysinga, groeit de overtuiging dat het volkenrecht en het nationale recht onderdeel zijn van één rechtsorde. Internationale verdragen konden daarom niet zonder meer als overeenkomsten tussen staten, zonder onmiddellijke rechtsgevolgen voor burgers, worden gezien. Wat hiermee gepredikt werd, was monisme in een pure, Kelseniaanse vorm.¹³⁷ Staten werden niet gezien als soevereine grootheden, ongebonden door het recht behoudens uit eigen wil, maar als bouwstenen van een normatieve piramide met aan de top een *Grundnorm* in de vorm van een regel als *pacta sunt servanda* of meer natuurrechtelijke voorstellingen. Deze strikt monistische visie is nooit volledig omarmd. Wel heeft zij lange tijd in belangrijke mate de richting van het debat bepaald. Concreet bleek dit aan het begin van de jaren vijftig, toen de grondwetgever, onder invloed van de uitbouw van de internationale rechtsorde na de Tweede Wereldoorlog, een hervorming van het recht inzake buitenlandse betrekkingen startte. Zeker in eerste instantie, bij de herziening van 1953, deed zich goed voelen dat veel mensen in Nederland van mening waren dat op de werking van volkenrecht *an sich* geen noemenswaardige invloed wordt uitgeoefend door het nationale recht.¹³⁸ Maar ook drie jaar later, toen de definitieve voorlopers van de huidige artikelen 93 en 94 in de Grondwet terecht kwamen en de voorrangsregel werd gekwalificeerd, kon deze mening nog worden volgehouden.¹³⁹

Dat de leer Eysinga zo wortel heeft kunnen schieten, heeft in onmiddellijke zin ongetwijfeld veel te maken met het feit dat Nederland, met Den Haag, tegen het einde van de negentiende eeuw de kans kreeg zich te ontwikkelen als ‘thuis’ van het internationale recht. In een breder perspectief manifesteert zich hier

¹³⁶ Zie Gerhard Hoogers en Mentko Nap, ‘Het Statuut, de Grondwet en het internationale recht’, in: Lodewijk Rogier en Gerhard Hoogers (red.), *50 jaar Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, Bijdragen voor het congres 50 jaar Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, 3 december 2004* (Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2004) 53, 67-68.

¹³⁷ Vgl. Duynstee, *Grondwetsherziening 1953*, art. 65 en art. 66, tweede zin, 16-17.

¹³⁸ In 1953 maakte de Grondwet, in toenmalig art. 65, ten aanzien van de voorrang van verdragen nog geen onderscheid tussen een ieder verbindende bepalingen van verdragen en bepalingen die niet een ieder verbinden.

¹³⁹ In dit licht moet ook begrepen worden dat de artikelen 93 en 94 Gw, anders dan wel eens wordt aangenomen, niet de grondslag voor doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde vormen, maar een uitwerking of zelfs beperking van een algemene, ongeschreven regel die in het hierboven genoemde arrest *Grenstractaat Aken* door de Hoge Raad werd gevestigd. Zie e.g. C.B. Schutte, ‘De stille kracht van de Nederlandse Grondwet: Beschouwingen rond het verbod aan de rechter om verdragen aan de Grondwet te toetsen’, *RM Themis* (2003) 26; L.F.M. Besselink, ‘Internationaal recht en nationaal recht’, in: Horbach, Lefeber en Ribbelink, *Handboek internationaal recht*, 67 e.v.

HOOFDSTUK 3

echter ook het ontbreken van een (heldere) soevereiniteitsconceptie. Nederland, dat is toch vooraleerst het land van Hugo de Groot, dat als relatief kleine handelsnatie van oudsher veel baat heeft gehad bij een goed ontwikkelde internationale rechtsorde.¹⁴⁰ Behalve in interne zin – in verband met een wrange nasmaak over de jaren van partijstrijd gedurende de Bataafse tijd en misschien later ook wel door een herontdekking van de protestantse deugden van de Nederlandse natie¹⁴¹ – was er, in ieder geval sinds de ondergang van de Republiek, dus ook in externe zin geen grote prikkel om zo'n conceptie te ontwikkelen.¹⁴²

Ook in dit opzicht zijn er echter mogelijk dingen aan het veranderen. Na jaren van relatieve acceptatie van het gegeven dat internationaal recht ten opzichte van het nationale recht een zeer geprivilegieerde rol speelt, is hiertegen de afgelopen tijd, met name ter rechter zijde van het politieke spectrum, verzet gerezen. In het bijzonder het EVRM en het EHRM moeten het ontgelden.¹⁴³ Kortgezegd is de gedachte dat de Grondwet, en dan vooral de positie van de Staten-Generaal, meer dan op dit moment het geval is normatief moet worden voor de verhouding tussen internationaal en nationaal recht. In dit licht valt bijvoorbeeld het voorstel tot wijziging van de Grondwet van VVD-Kamerlid Taverne te begrijpen, die artikel 94 Gw zodanig wil aanpassen dat de wet, net zoals

¹⁴⁰ Vgl. Leonard F.M. Besselink, 'An Open Constitution and European Integration: The Kingdom of the Netherlands', *SEW* (1996) 192, 193-194; Bruno de Witte, 'Do Not Mention the Word: Sovereignty in Two Europhile Countries: Belgium and the Netherlands' in: Walker, *Sovereignty in Transition*, 358-361.

¹⁴¹ Ibid. Vooral nadat het calvinistische volksdeel zich gaandeweg de tweede helft van de negentiende eeuw begon te organiseren in politieke partijen, was de invloed van religieuze opvattingen over de inrichting van de staat goed merkbaar. Daarin was geen plaats voor theorieën die de macht bij het volk legden. (Vandaar: Anti-Revolutionaire Partij.) Onder aanvoering van de gereformeerde voorman Abraham Kuyper werd de calvinistische zienswijze gegoten in het concept van 'soevereiniteit in eigen kring', een pluralistische visie op de staat waarin verschillende levenskringen naast elkaar staan zonder dat aan één groep een hoogste macht toekomt: die was voorbehouden aan God. 'Soevereiniteit in eigen kring' was de titel van de toespraak waarmee Kuyper in 1880 het onderwijs aan de nieuw gestichte Vrije Universiteit in Amsterdam opende. Het concept kreeg later een staats theoretische uitwerking in de werken van de protestantse staatsrechtjurist H. Dooyeweerd. Zie beknopt: Van der Tang, 'Soevereiniteit', 94.

¹⁴² In de beginjaren van de Republiek kwam het concept van externe soevereiniteit juist nog van pas. Na 1795, toen Nederland definitief weegleed als internationale macht, werd de naleving van internationaal recht echter van levensbelang.

¹⁴³ Thierry Baudet, 'Het Europese Hof voor de rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie', *NRC Handelsblad* 13 november 2010; Thierry Baudet, 'Brits verzet tegen het Europees Hof is terecht', *NRC Handelsblad* 14 februari 2011; Stef Blok en Klaas Dijkhoff, 'Leg het Europese Hof aan banden', *De Volkskrant* 7 april 2011; Svetozar Dimitrov, 'Straatsburgs hof ondermijnt de soevereiniteit van de lidstaten', *NRC Handelsblad* 9 december 2010; Tom Zwart, 'Biedt dat mensenrechtenhof weerwerk', *NRC Handelsblad* 17 januari 2011; Tom Zwart, 'Een steviger opstelling tegenover het Europese Hof voor de Rechten van de Mens bevordert de rechtsstaat', *NJB* (2011) 415-418.

in het kader van artikel 120 Gw, immuun wordt voor rechterlijke toetsing.¹⁴⁴ Via een materiële benadering van de problematiek die neo-monisme wordt genoemd, worden er in de literatuur in toenemende mate aanknopingspunten geboden om het gezag van de Grondwet op een minder radicale manier te versterken.¹⁴⁵ Een dergelijke benadering, die rechtspluralisme als uitgangspunt heeft, kan bovenstaand bezwaar echter maar gedeeltelijk repareren. In een plan als dat van Taverne klinkt ook onmiskenbaar een verlangen naar nationale soevereiniteit door. Waar men zich principieel tegen verzet, is dat internationaal recht, zoals regelmatig wordt beweerd, ‘hoger’ is dan het eigen nationale recht.¹⁴⁶ En dit wordt weer gerechtvaardigd met een beroep op het (meer) democratische karakter van de laatste categorie. Soevereiniteit is hierdoor niet ver weg.

Hoe gaat het er in landen aan toe die wel voor volkssoevereiniteit hebben geopteerd? Duidelijk lijkt dat zo’n conceptie prima te combineren is met een monistisch systeem, voor zover hier tenminste enkel mee bedoeld wordt dat internationaal recht zonder omzetting in nationaal recht doorwerkt in het nationale recht. Voorbeelden hiervan zijn staten zoals Frankrijk en de Verenigde Staten. Zeker in een land als Frankrijk levert dit een feitelijk resultaat op dat waarschijnlijk vergelijkbaar is met wat neo-monisme beoogt, met dien verstande dat de eigen grondwet, als uiting van de soevereine wil van het volk, er wel onbetwist de hoogste norm is.¹⁴⁷ Zou een dergelijke lezing ook op de Nederlandse situatie van toepassing kunnen raken? Op dit punt geldt eigenlijk dezelfde argumentatie als hierboven, ten aanzien van de kwestie Curaçao werd afge-stoken. *Teneinde te kunnen beredeneren* dat de eigen Grondwet wel of juist niet superieur is vergeleken met normen die van buiten komen, kun je moeilijk om het leerstuk van soevereiniteit heen. Het ontbreken van een duidelijke uitspraak in dit verband is echter geen onoverkomelijk obstakel *om deze redenering te kunnen ontvouwen*. Soevereiniteit, zo werd in de inleiding al naar voren gebracht, heeft het karakter van een institutioneel feit. Zij vergt een ‘act of faith’.

In de Grondwet zelf zijn ieder geval genoeg aangrijpingspunten te vinden voor een narratief waarin zij deze superioriteit zou bezitten. In het bijzonder valt dan te denken aan artikel 91 lid 3 Gw. Deze bepaling schrijft voor dat verdragen

¹⁴⁴ Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33359-(R1986) nrs. 1-3. Kritisch op het voorstel zijn: J. Fleuren en J. de Wit, ‘Het voorstel-Taverne’, *NJB* (2012) 2812-2818; C.B. Modderman, ‘Tavernes voorstel van rijkswet’, 3 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2013) 234-241. Vgl. ook J.W.C. van Rossem, ‘Wordt de wet weer onschendbaar?’, 7 september 2012 (online, via: www.publiekrechtropolitiek.nl/wordt-de-wet-weer-onschendbaar/)

¹⁴⁵ L.F.M. Besselink en R.A. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht* (Alphen aan de Rijn: Kluwer 2009). Vgl. ook de plannen van (sommige leden van) de Staatscommissie Grondwet (*Rapport Staatscommissie Grondwet*, november 2010, 128-130).

¹⁴⁶ Zie e.g. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, 338-340.

¹⁴⁷ In de Verenigde Staten is, ondanks het monistische systeem aldaar, de laatste jaren juist een ontwikkeling zichtbaar van toenemende geslotenheid jegens recht dat van buiten komt. Zie e.g. het Amerikaanse Supreme Court in *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

HOOFDSTUK 3

die afwijken van de Grondwet alleen kunnen worden goedgekeurd door de Staten-Generaal met een gekwalificeerde meerderheid van stemmen. Het voorschrift lijkt, als uitzondering op de regel, aan te sluiten bij de opvatting dat verdragen *in beginsel* niet onverenigbaar met de Grondwet mogen zijn.¹⁴⁸ In dat geval valt niet goed te begrijpen hoe je tot de conclusie kunt komen dat internationaal recht hiërarchisch hoger is dan grondwettelijk recht. Uit het feit dat speciale toestemming van de Grondwet nodig is, lijkt namelijk logisch te volgen dat dit document ook bepalend is voor de geldigheid van internationaal recht binnen de eigen rechtsorde en, in het verlengde daarvan, de bron is van een regel die bepaalt op welke manier dit recht deze ordening binnenkomt.

3.4.4 Europese integratie zonder Nederlandse soevereiniteit

Waar ten aanzien van de doorwerkings- en voorrangsproblematiek van gewoon internationaal recht steeds vaker kritiek klinkt, blijft een soortgelijk geluid met betrekking tot het recht van de EU vooralsnog grotendeels achterwege. Een voorstel als dat van Taverne richt zich naar het zich laat aanzien op de werking van het EVRM, maar laat het Unierecht volledig onaangetast. De reden hiervoor is dat de Grondwet volgens de heersende leer – het gros van de commentatoren,¹⁴⁹ de regering¹⁵⁰ en de belangrijkste rechters¹⁵¹ lijken inmiddels deze positie te huldigen – van geen betekenis (meer) is voor de doorwerking van Unierecht in de eigen rechtsorde.¹⁵² Men onderschrijft daarmee de *Costa/ENEL*-jurisprudentie van het HvJ, volgens welke directe werking en voorrang van het Unierecht, geheel buiten de nationale constituties van de lidstaten om, uit de Verdragen voortvloeien: een zuiver monistisch standpunt zodoende. Ook dit

¹⁴⁸ Zie Hoogers en Nap, 'Het Statuut, de Grondwet en het internationale recht', 68-69.

¹⁴⁹ Zie e.g. Tom Barkhuysen, Henk Griffioen en Wim Voermans, 'Artikelen 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *NJB* (2004) 2289. Opgemerkt zij voorts dat door Nederlandse juristen veelal met een zeker onbegrip wordt gekeken naar beslissingen van buitenlandse rechters waarin de nationale rechtssfeer wordt verdedigd. Zie in dit verband e.g. L.J. Brinkhorst, 'Geldt de voorrang van het Gemeenschapsrecht ook voor de Franse Conseil d'Etat?', *SEW* (1968) 519; Koopmans, 'Rechter, D-mark en democratie'.

¹⁵⁰ Kabinetsnotitie van 21 september 2007 n.a.v. motie Visser (*Kamerstukken II* 2006/07, 29 861, nr. 15).

¹⁵¹ Zie ABRvS 7 juli 1995, *AB* 1997, 117 (*Metten*); HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80 (*Rusttijden*).

¹⁵² Dit tegen de bedoeling in van de grondwetgever, die laatstelijk in 1983 uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven de grondwettelijke bepalingen op dit punt wel degelijk relevant te achten. *Kamerstukken II* 1977/78, 15 049 (R1100) nr. 7, 16-17. Vgl. L.F.M. Besselink, 'De zaak-Metten: de Grondwet voorbij', *NJB* (1996) 165.

maakt Nederland tot een geval apart. In vrijwel geen enkele andere lidstaat komt je een dergelijke opstelling zo onomwonden tegen.¹⁵³

Dat deze positie zich heeft kunnen vormen, valt goed te verklaren. Zij komt voor een belangrijk deel voort uit de openheid die gewoon volkenrecht ten deel is gevallen; heel letterlijk zelfs, omdat de voorlopers van artikel 93 en 94 Gw die aan deze openheid vorm hebben gegeven onder meer specifiek met het oog op het integratieproces zijn opgenomen.¹⁵⁴ Als gevolg van deze constellatie heeft de Nederlandse constitutie zich nooit kunnen ontwikkelen tot harnas tegen (of obstakel voor) invloeden van buitenaf. En is het gemakkelijk de pil te slikken dat nationale regelgeving voor Europese moet wijken. Linksom of rechtsom, hebben externe regels toch in beginsel vrije doortocht in de Nederlandse rechtsorde.¹⁵⁵

Hoe verklaarbaar ook, hiermee is in principiële zin toch wel wat bijzonders gebeurd. Waar vanuit de artikelen 93 en 94 Gw nog kan worden beargumenteerd dat de Grondwet voor internationaal recht normatief gezien maatgevend is, kan dit met betrekking tot het Unierecht lastig meer worden volgehouden. Voor zover dit theoretisch mogelijk wordt geacht, heeft Nederland in het geval van de Unie dus echt soevereiniteit weggegeven. In meer praktische zin kan gewezen worden op de mogelijkheid dat voor een nationale rechter een beroep wordt gedaan op ongeschreven Europese rechtsbeginselen of EU-bepalingen waarvan naar Europees recht niet vast staat dat zij bedoeld zijn om rechtstreeks te wer-

¹⁵³ Zelfs in een uitgesproken ‘Europa-vriendelijk’ land als België is het omstreven wat als grondslag van de werking van Unierecht heeft te gelden. Zo lijkt de Belgische hoogste rechter, het Grondwettelijk hof, de grondwet aan te wijzen als ultieme rechtsbron. Zie De Witte, ‘Do Not Mention the Word’, 355-357. Vgl. ook W.W. Geursen, ‘Belgisch en Nederlands belastingrecht bieden aftrek kartelboetes: EU-recht ook?’, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* (2012) 211.

¹⁵⁴ Zie Remco Nehmelman, ‘Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden’, in: H. Battjes en B.P. Vermeulen (red.), *Constitutionele klassiekers* (Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007) 140-141.

¹⁵⁵ Zie L.F.M. Besselink e.a., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie* (Groningen: Europa Law Publishing 2002) 30-33. Interessant genoeg, wordt wel aangenomen dat de doctrine van het HvJ inzake directe werking is geïnspireerd door de Nederlandse grondwettelijke procedures betreffende doorwerking. De parlementariër die verantwoordelijk was voor het amendement waar het huidige art. 94 Gw uit is voortgekomen, het lid Serrarens, zou later zitting nemen in het Hof. En het arrest waarin het HvJ zijn doctrine van directe werking van het gemeenschapsrecht ontwikkelde, *Van Gend & Loos* – niet toevallig een Nederlandse zaak – stond onder het voorzitterschap van Donner. Zie Monica Claes en Bruno de Witte, ‘The European Court and National Courts Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context – Report on the Netherlands’, EUI Working Paper RSC nr. 95/26 (1996) 28. Naar verluidt was de Nederlandse rechter en tevens voorzitter van het Hof, André Donner, echter tegenstander van een benadering waarin directe werking los werd gekoppeld van het volkenrecht. Zie R. Barents, ‘Van Gend & Loos en Costa/ENEL’, in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten en S. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten* (Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010) 25.

HOOFDSTUK 3

ken. Op grond van artikel 94 Gw zou aan zulke bepalingen niet zonder meer voorrang kunnen worden verleend.

Gevraagd hiernaar, hebben de belangrijkste Nederlandse rechters, de Hoge Raad en de Raad van State, duidelijk gemaakt dat zij het gezag van artikel 93 en 94 Gw in dit verband niet meer erkennen.¹⁵⁶ Geredeneerd vanuit het perspectief van *Costa/ENEL* werd door hen waarschijnlijk rechtmatig gehandeld. Probleem is echter dat de Grondwet dit perspectief niet lijkt toe te laten. Zelfs als wordt aanvaard dat het op zich niet inconstitutioneel is om de rechtspraak uit Luxemburg zo te omarmen, wordt op deze manier in ieder geval afgeweken van het regime van artikel 93 en 94 Gw. Hoewel daar op bepaalde momenten wel op is aangedrongen,¹⁵⁷ zijn de Europese Verdragen echter nooit overeenkomstig de procedure van artikel 91 lid 3 Gw goedgekeurd.

De grondwettelijke basis om het perspectief van *Costa/ENEL* in principe te erkennen, zo leert de doctrine, kan worden gevonden in artikel 92 Gw, dat het mogelijk maakt om ‘bij of krachtens verdrag aan volkenrechtelijke organisaties bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak’ op te dragen. Nu hiervan gebruik is gemaakt ten aanzien van het Europese Hof, zo is de redenering, brengt dat mee dat Nederland diens opvattingen omtrent de aard en werking van de Unie heeft te volgen. Enigszins paradoxaal in dit verband is dat de *Costa/ENEL*-rechtspraak de opvattingen over directe werking en voorrang in belangrijke mate juist verklaart aan de hand van het axioma dat de (thans) Unie

¹⁵⁶ *Supra*, vn. 150.

¹⁵⁷ Zie e.g. de correspondentie in het NJB tussen verschillende Nederlandse staatsrechtjuristen ten tijde van de goedkeuring van het Verdrag van Maastricht: A.W. Heringa, ‘De verdragen van Maastricht in strijd met de Grondwet: Goedkeuring met twee derde meerderheid?’, *NJB* (1992) 749; M.C. Burkens en B.P. Vermeulen, ‘Maastricht in strijd met de Grondwet?’, *NJB* (1992) 861-862; C.A.J.M. Kortmann, ‘De verdragen van Maastricht niet in strijd met de Grondwet’, *NJB* (1992) 862; I. Sewandono, ‘Grondwettelijke bezwaren tegen Maastricht zijn vergezocht’, *NJB* (1992) 863; Leonard F.M. Besselink, ‘Het Verdrag van Maastricht wijkt ook op andere punten af van de Grondwet en eveneens van het Statuut’, *NJB* (1992) 861-865. Vgl. als een soort vervolg hierop, naar aanleiding van het Stabiliteitsverdrag: H.G. Warmelink, ‘Over afwijken en afwijkingen van de Grondwet’, 4 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2013) 44-48, en Jan Willem Van Rossem, ‘Pleidooi voor een materiële soevereiniteitsopvatting’, 4 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2013) 49-54. Sinds de procedure van art. 91 lid 3 in 1953 in de Grondwet werd opgenomen, is zij slechts driemaal toegepast: te weten bij de goedkeuring van het Verdrag van de Europese Defensie Gemeenschap (*Stb.* 1954, 25), de Overeenkomst met Indonesië inzake Westelijk Nieuw-Guinea (*Stb.* 1962, 363) en het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof (*Stb.* 2001, 343). Zie verder het voorstel Van der Staaij (*Kamerstukken II* 2006/07, 30.874 (R1818), nr.2), dat impliceert dat de Grondwet dusdanig gewijzigd wordt dat voortaan voor goedkeuring van verdragen waarop de Europese Unie is gegrondvest een tweederde meerderheid van het aantal uitgebrachte stemmen (zowel in de Tweede Kamer als in de Eerste Kamer) vereist is. Zie positief over dit voorstel: H.G. Hoogers, ‘Van der Staaij als hoeder van de constitutie’, in: D.J. Elzinga en W.J.M. Voermans (red.), *Brieven aan de staatscommissie* (Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2008) 65-70.

geen gewone volkenrechtelijke organisatie meer vormt.¹⁵⁸ Dit levert een gek beeld op. Enerzijds treft men in de Grondwet, anders dan in het *Grundgesetz*, geen harde beletselen aan om, in het uiterste geval, in de toekomst op te gaan in een Europese staat.¹⁵⁹ Anderzijds blijft het grote belang van het integratieproces voor het Nederlandse staatsrecht, formeel gezien, grotendeels onopgemerkt door stoïcijnss te blijven verwijzen naar het wat onbestemde begrip ‘volkenrechtelijke organisatie’. Naar de naam ‘Europese Unie’ kun je in ieder geval lang zoeken in de Grondwet.

Hier zou je tegenover kunnen stellen dat de invoeging van zo’n referentie het – wellicht onvermoede – effect kan hebben dat de rol van de Grondwet juist wordt versterkt. Als de Grondwet niet van belang is voor het proces van Europese integratie, is het, behalve vanuit puur symbolische overwegingen, immers ook niet noodzakelijk om daar naar te verwijzen. De mogelijkheid van een Europa-clausule is onderwerp van gesprek geweest van de Staatscommissie Grondwet, die in 2010 (vooral nog te vergeefs) adviseerde over aanpassingen aan de Grondwet. Een bepaling gewijd aan de Unie durfde de Commissie echter niet aan. Op dit moment bleek dat reserves om de EU door het nationale recht te constitutionaliseren, zoals in Duitsland en Frankrijk al jaren geleden gebeurd is, ook te maken heeft met zorgen voor die andere eminente Europese institutie: het EVRM. Mede vanwege die zorgen, kwam de Staatscommissie uiteindelijk niet verder dan het voorstel om aan artikel 90 Gw, dat de regering opdraagt de internationale rechtsorde te ontwikkelen, de zinsnede ‘en de Europese’ toe te voegen.¹⁶⁰

Tot slot mag ook enige aandacht voor artikel 120 Gw niet ontbreken. Sowieso is de afwezigheid van constitutionele toetsing in Nederland een factor van belang bij het zoeken naar een verklaring waarom grote staatsrechtelijke thema’s hier nooit op vruchtbare aarde zijn gevallen. In Duitsland, zo werd hiervoor geconstateerd, floreert volkssoevereiniteit als doctrinair staatsrechtelijk beginsel bijvoorbeeld in belangrijke mate dankzij het Constitutionele Hof. In Duitsland, ook, wordt duidelijk dat het leerstuk helemaal aan urgentie wint door de steeds grotere verwevenheid van Europese staten met internationale rechtsorde. Nederlandse rechters hebben weinig instrumenten om zich actief met deze dynamiek te bemoeien. Behalve wetten, verbiedt artikel 120 Gw ook verdragen aan de Grondwet te toetsen. Hierdoor kunnen zij onder andere niet beoordelen of regering en Staten-Generaal terecht geoordeeld hebben dat verdragen – inclusief dus de Europese Verdragen – zonder toepassing van artikel 91 lid 3 Gw zijn toegepast.

¹⁵⁸ *Infra*, § 4.4.

¹⁵⁹ Hetgeen ook weer is terug te voeren op het ontbreken van een soevereiniteitsconceptie. Omdat de Grondwet in Nederland niet wordt gezien als de uiting van een soevereine, extra-constitutionele wil, wordt het ook niet noodzakelijk gevonden om daar onaantastbare bepalingen in aan te brengen. Zie hierover Hoogers, ‘De herziening herzien’, 99.

¹⁶⁰ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, 107

HOOFDSTUK 3

Lange tijd overheerste in de academische wereld het gevoel dat het positief was dat de rechter niet bevoegd was het eigen nationale recht in stelling te brengen tegen internationaal/Europees recht. Als gezegd, is dit beeld echter aan het kantelen. Niet alleen vanwege scepsis over de invloed van het internationale recht/Europese recht, maar ook juist vanwege bezorgdheid hierover. Zo is met betrekking tot het vraagstuk in hoeverre de Hoge Raad op basis van artikel 94 Gw onder het EVRM kans ziet meer rechtsbescherming dan het EHRM te bieden, wel opgemerkt dat mogelijk een ‘chilling effect’ uitgaat van artikel 120 Gw.¹⁶¹ De rechter zou in het licht van het machtscheidingsbeginsel dat hieraan ten grondslag ligt, geen ruimte zien wezenlijk bij te dragen aan de vorming van een Europese ‘common law’ op het gebied van mensenrechten. En wat te denken van een uitspraak als *Waterpakt* van dezelfde Hoge Raad? Ook hier fungeert de scheiding der machten als rem op een actieve Europese rol.¹⁶²

Hoewel verklaarbaar tegen de achtergrond van artikel 120 Gw, is het meer in algemene zin opvallend hoe weinig Nederlandse rechters converseren met rechters uit omringende landen; bijvoorbeeld door eventueel relevante uitspraken in het Engels te vertalen en digitaal toegankelijk te maken. Waar zelfs Estse rechters zich inmiddels in het Europese constitutionele debat hebben gestort, blijft het aan de kant van Nederlandse rechters stil. ‘In this respect’, zo observeren Claes en Leenknecht, ‘they do not seem convinced that they are part of a ‘market of law’ in which law has become a commodity, competing with other systems.’¹⁶³ Het klinkt wellicht een beetje raar, maar er valt veel voor te zeggen om deze houding in de finale analyse toe te schrijven aan de omstandigheid dat soevereiniteit, zoals ooit treffend is omschreven, geen deel uit maakt van het Nederlandse ‘grondwettelijke alfabet’.¹⁶⁴ Zoals in het deel dat nu aanbreekt langzaam duidelijk zal worden, is soevereiniteit, als feitelijk synoniem voor het recht op zelfbeschikking, behalve een drempel voor meer Europese integratie, namelijk ook een essentieel smeermiddel om de discussie hierover te kunnen voeren.¹⁶⁵

¹⁶¹ Monica Claes en Gert Jan Leenknecht, ‘The Netherlands: A Case of constitutional leapfrog. Fundamental rights protection under the Constitution, the ECHR and the EU Charter in the Netherlands’, in: Popelier, van de Heyning en van Nuffel, *Human rights protection in the European legal order*, 301-302. Vgl. ook J.H. Gerards, ‘Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?’, 3 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2010) 224, 242-243. In dit laatste artikel wordt verwezen naar HR 10 augustus 2001, NJ 2002, 278, m.nt. J. de Boer (*alimentatie ex-vriendin*), als voorbeeld van de redeneerwijze van de Hoge Raad.

¹⁶² HR 21 maart 2003, NJ 2003, 120 (*Waterpakt*). Zie over de Europese dimensie van de *Waterpakt*-zaak: Geerten Boogaard, *Het wetgevingsbevel: Over manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten*, diss. Universiteit van Amsterdam (Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013).

¹⁶³ Claes en Leenknecht, ‘The Netherlands’, 307.

¹⁶⁴ De Witte, ‘Do Not Mention the Word’, 361.

¹⁶⁵ Los van de kwestie van soevereiniteit is denkbaar dat een versterking van de Grondwet het proces van Europese integratie juist zal bevorderen, omdat het een bepaalde bewustwording

3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk werd van drie lidstaten van de EU beschreven wat de betekenis is van het leerstuk van soevereiniteit ten aanzien van hun nationale recht en hoe dit leerstuk inspeelt op hun verhouding tot Europa. De laatste lidstaat die besproken werd, Nederland, kreeg een wat andere behandeling dan de andere twee lidstaten, Frankrijk en Duitsland. De reden hiervoor was dat soevereiniteit hier te lande, in tegenstelling tot de meeste andere lidstaten van de Unie, ogenschijnlijk op geen enkele manier onderdeel is van het positieve recht en van de constitutionele doctrine. Op hier en daar wat losse opmerkingen na, is hierboven geen poging ondernomen om een concrete vergelijking op te zetten tussen de drie landen. Maar de enkele lezing van het hoofdstuk geeft hopelijk al een goed nader beeld van de theoretische en historische betekenis van soevereiniteit en haar (mogelijk) concrete consequenties voor de rechtspraktijk.

Een paar zaken springen in het oog. Allereerst dat soevereiniteit in de staten waar het onderdeel uitmaakt van het recht, Frankrijk en Duitsland, aan actualiteit heeft gewonnen als gevolg van het proces van Europese integratie. Waar het leerstuk tot in de negentiende eeuw vooral werd opgevoerd ter ondersteuning van een bepaalde politieke voorstelling van de staat, ligt zijn betekenis sinds enkele decennia primair besloten in het vorm geven en beschermen van het fenomeen democratie; met name via het kanaal van jurisprudentie. Dit is in het bijzonder in Duitsland het geval, maar meer onder de oppervlakte, via het primaat van de constitutie, ook in Frankrijk. Hier zouden in principieel opzicht bezwaren tegen kunnen worden geuit. Wat hebben rechters namelijk van doen met een bij uitstek democratisch leerstuk? Dit is een legitieme vraag, zeker waar zij zich bijvoorbeeld richt op de problematiek van eeuwigheidsclausules. Tegelijk gaat zo'n bezwaar wel wat gemakkelijk voorbij aan het feit dat rechters, over de boeg van de rechtsstaat, ook een rol te vervullen hebben in het democratisch proces.

Iets dergelijks lijkt zich te wreken in Nederland. Openlijk heeft zich in de Nederlandse constitutionele geschiedenis nooit een moment voorgedaan waarop men het eens werd over de grondslag van het overheidsgezag of het nodig vond om het hier eens over te worden.¹⁶⁶ Onder de gelijktijdige facilitering van een grote rol in het nationale recht van internationale regels, kon het Nederlandse bestel aanvankelijk uitgroeien tot een model van redelijkheid en progressiviteit. De laatste jaren beginnen echter barstjes in dit model zichtbaar te worden. De afwezigheid van soevereiniteit en, op hetzelfde moment, een uitgesproken open

creëert. Zie in deze zin met betrekking tot de mogelijke gedeeltelijke opheffing van het verbod van constitutionele toetsing: A. van den Brink en H. van Meerten, 'Constitutionele toetsing in Nederland: de Europese dimensie', *SEW* (2007) 482.

¹⁶⁶ Geerten Bogaard, 'Senator Engels redt Staatscommissie Grondwet', 25 januari 2012, www.publiekrechttenpolitiek.nl/senator-engels-redt-staatscommissie-grondwet/.

HOOFDSTUK 3

houding tegenover de buitenwereld, blijken bij te dragen aan een bepaalde passiviteit in constitutionele en democratische discussies, die de laatste jaren steeds vaker een Europees karakter krijgen. Ondertussen is het onder een ogenschijnlijk beginselloze Grondwet aan het broeien.

Hoe prikkelend soevereiniteit soms ook werkt wat betreft het entameren van een constitutioneel debat in Europa, feit blijft dat het leerstuk, zoals dat beleefd wordt in Duitsland en Frankrijk, zich in existentiële zin slecht lijkt te verhouden tot bepaalde fundamentele juridische aspecten van het integratieproces. In dit hoofdstuk is meerdere malen de naam *Costa/ENEL* gevallen. Dit arrest, waarnaar in Nederland wordt verwezen ter verklaring van de werking van Europees recht, vormt in Duitsland en Frankrijk een tegenpunt; een punt om zich vanwege de eigen soevereiniteit in principiële zin te *verzetten*, maar tegelijkertijd, vanuit een constitutionele plicht om het proces van Europese integratie te bevorderen, mede een punt om zich toe te *verhouden*. Dit levert een dynamiek op, die begin jaren negentig aan de voet heeft gestaan van de theorie constitutioneel pluralisme. Over dat pluralisme gaan we het in hoofdstuk vijf hebben. Eerst is het echter tijd om onder meer uit de doeken te doen wat die *Costa/ENEL*-jurisprudentie precies inhoudt.

DEEL II

PLURALISME

Hoofdstuk 4

Constitutionalisering van de Unie

4.1 Inleiding

De specifieke juridische wijze waarop de EU zich door de decennia heen heeft ontwikkeld en nog steeds ontwikkelt, heeft in de ruim vijftig jaar dat zij bestaat vele pennen in beweging gebracht. Aanvankelijk betrof het nog een grotendeels aparte beroepsgroep die zich met het onderwerp bezig hield. Vanaf het begin van de jaren negentig is echter ook de belangstelling van beoefenaren van het staatsrecht sterk toegenomen. De afgelopen twee decennia heeft gemiddeld iedere vier jaar een grote verdragswijzigingsronde op de agenda gestaan.¹ Doordat tijdens elk van deze rondes het bereik van de Unie steevast een beetje is opgerekt, zijn dit momenten geweest waarop telkens existentiële vragen over het karakter van het Europese integratieproces naar de oppervlakte kwamen. Kortgezegd: *quo vadis?* Is de EU een internationale organisatie die op weg is staat te worden? Of vormt zij een *sui generis*-constructie die niet valt in te passen in dit klassieke en wellicht wat starre schema? Door het uitbreken van de eurocrisis heeft deze discussie een nieuwe dimensie gekregen. Sinds 2008 lijkt de Unie op een kruispunt in haar bestaan te zijn aanbeland. En op dit kruispunt aangekomen, krijgt de neutrale toeschouwer de kans, via de keuzes die worden gemaakt om uit de crisis te raken, om een glimp op te vangen van wat er precies schuil gaat achter het constitutionele narratief waaraan door verschillende spelers decennia lang is gebouwd.

Zoals in de inleiding werd uitgelegd, is dit proefschrift geen constitutionele anatomie van de eurocrisis. Het boek strekt er toe bloot te leggen wat de wisselwerking vormt tussen recht en politiek in het integratieproces. De eurocrisis biedt in dat verband een fraai inkijkje. Dat inkijkje kan er feitelijk echter alleen maar zijn nu er een constitutioneel proces is waarachter een soevereiniteitsvraag schuil kan gaan. Alvorens überhaupt wat te kunnen zeggen over de wisselwerking tussen recht en politiek in Europees opzicht, is het daarom eerst nodig om een beeld te vormen over de vraag hoe de Unie zich constitutioneel heeft ontwikkeld. Die specifieke ontwikkeling, een proces dat vaak als constitutionalise-

¹ Het tijdperk van verdragswijzigingsrondes begon eigenlijk al in 1986, met de totstandkoming van de Europese Akte (EA). De EA vormde vervolgens de opmaat naar het Verdrag van Maastricht (VvM) in 1993, waarbij de Europese Unie het levenslicht zag. Hierna volgden het Verdrag van Amsterdam (1997), het Verdrag van Nice (2001) en het Verdrag van Lissabon (2007).

HOOFDSTUK 4

ring wordt aangemerkt en vanouds sterk is beïnvloed door de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, staat in onderstaand hoofdstuk centraal. Op welke manier heeft de Unie haar primaat ten opzichte van de lidstaten weten te vestigen? En wat zijn in dit verband de belangrijkste bouwstenen? Dit relaas wordt met een Europese bril op verteld. Het hiervoor ter sprake gekomen perspectief van de lidstaten zal slechts zijdelings worden aangehaald. Bij de vraag wat de constitutionalisering van de Unie nu precies in theoretische zin heeft opgeleverd, zal worden stilgestaan in de hoofdstukken daarna.

4.2 Verkenningen

Sinds het HvJ midden jaren tachtig van de vorige eeuw in de bekende zaak *Les Verts* voor de eerste keer aan het Europees verdrag refereerde als ‘constitutioneel handvest’,² is het in toenemende mate gangbaar geworden om in het Europese juridische discours de noties ‘constitutie’ en ‘constitutionalisme’ te gebruiken.³ Hoewel deze begrippen verschillende en zelfs meerdere betekenissen hebben, is het veilig om te stellen dat hiermee in ieder geval wordt gerefereerd aan het transformatieproces dat het Europese samenwerkingsverband vanaf zijn oprichting in 1957 in verschillende hoedanigheden heeft doorgemaakt.⁴ Grof gezegd komt deze transformatie erop neer dat de Europese Verdragen geleidelijk aan hun internationaalrechtelijke veren afgeworpen hebben en zich zijn gaan tooien met beginselen die men als constitutioneel kan kwalificeren.⁵ Dit betekent niet dat de EU om die reden op geen enkele manier meer als internationale

² Zaak 294/83, *Les Verts* [1986] ECR 1339, r.o. 23. Een decennium eerder, in een Advies uit 1977, gebruikte het Hof voor de eerste maal de term constitutie in verband met het Gemeenschapsverdrag. Zie Advies 1/76 [1977] ECR 741, r.o. 12.

³ Zie e.g. J.H.H. Weiler, ‘The Transformation of Europe’, 100 *Yale Law Journal* (1991) 2403; Paul Craig, ‘Constitutions, Constitutionalism, and the European Union’, 7 *European Law Journal* (2001) 125; Claes, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution* (Oxford: Hart Publishing 2006) 402-415; Jean-Claude Piris, ‘Does the European Union have a Constitution? Does it need one?’, 24 *European Law Review* (1999) 557; L.F.M. Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie*, Oratie Universiteit Utrecht (Groningen: Europa Law Publishing 2007); Stephen Weatherill, ‘Is constitutional finality feasible or desirable? On the cases for European constitutionalism and a European Constitution’, *Constitutionalism Web-Papers (ConWEB)*, nr. 7/2002, www.bath.ac.uk/esml/conWEB.

⁴ Behalve waar het van belang is om een onderscheid te maken, zal ter aanduiding van het Europese samenwerkingsverband in het vervolg van deze studie de noemer Europese Unie worden gehanteerd.

⁵ Anders: Ingolf E.A. Pernice, ‘The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action’, 5 *Columbia Journal of European Law* (2009) 349, 369, die onder meer stelt dat ‘(l)egally speaking it was clear from the outset that the 1957 EEC-Treaty, like already the 1951 ECSC-Treaty, established a special, supranational organisation of a constitutional character.’

organisatie valt te bestempelen. Wel houdt het in dat beginselen die tot het vaste instrumentarium van het internationale recht behoren zoals de principes van *pacta sunt servanda* en reciprociteit ten aanzien van de EU hun verklarende vermogen op een bepaald moment hebben verloren.⁶

Als gezegd, is de omvorming van de EU van een gewone internationale organisatie tot een rechtssysteem met constitutionele kwaliteiten voor een belangrijk deel op het conto te schrijven van het Hof. ‘Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed (...) with benign neglect by the powers that be and the mass media’, zo luidt een bekende uitspraak uit het begin van de jaren tachtig, ‘the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe.’⁷ Achteraf bezien is het inderdaad fascinerend om te constateren hoe invloedrijk de bijdrage van het Hof aan het proces van Europese integratie is geweest. Door gebruik te maken van interpretatiemethoden die je op het eerste gezicht eerder zou verwachten bij een nationale constitutionele rechter dan bij een bij verdrag opgericht hof, heeft de Luxemburgse rechter op cruciale momenten het initiatief naar zich toegetrokken en zijn stempel op de koers van de Unie gedrukt.

Voor zijn vaak functionalistische en teleologische wijze van verdragsinterpretatie is het HvJ door sommigen zwaar bekritiseerd en door anderen geestdriftig bejubeld.⁸ Voor welk gezichtspunt het meeste valt te zeggen, hangt af van hoe je vindt dat een rechter in een dergelijke constellatie dient te functioneren. Feit is dat het Hof, althans op papier,⁹ van meet af aan een vooraanstaande rol in het communautaire construct toebedeeld heeft gekregen. Dit volgt uit het huidige artikel 19 EU, dat het Hof de verzekering opdraagt van de eerbiediging van het recht bij de uitleg en de toepassing van het Verdrag. Het volgt ook uit de verschillende procedures waarin het Hof gevraagd kan worden op te treden en die hem, expliciet dan wel impliciet, in staat stellen Unie- en nationale maatregelen aan primair Unierecht te toetsen.¹⁰ Dit laat onverlet dat de Luxemburgse

⁶ Gevoegde zaken 90 en 91/63, *Commissie v Luxemburg en België* [1964] ECR 631 (*Melkpoeder*).

⁷ E. Stein, ‘Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution’, 75 *American Journal of International Law* (1981) 1.

⁸ Zie enerzijds e.g. H. Rasmussen, *On law and policy in the European Court of Justice: a comparative study in judicial policymaking* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1986); Trevor C. Hartley, *Constitutional Problems of the European Union* (Oxford: Hart Publishing 1999); en anderzijds e.g. Anthony Arnall, ‘The European Court and Judicial Objectivity. A Reply to Professor Hartley’, 112 *Law Quarterly Review* (1996) 411; T. Tridimas, ‘The Court of Justice and Judicial Activism’, 22 *European Law Review* (1997) 199.

⁹ Zie Antoine Vauchez, ‘The transnational politics of judicialization: Van Gend en Loos and the making of EU polity’, 16 *European Law Journal* (2010) 7.

¹⁰ Nu zijn deze (vrij talrijke) procedures te vinden in de artt. 258-281 VWEU. Het HvJ werd in 1957 verheven tot gemeenschappelijke instelling voor de drie gemeenschappen EGKS, EEG en Euratom. De, toen eveneens vrij talrijke, proceduremogelijkheden waren vervat in de artikelen 164-188 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (Verdrag van Rome).

HOOFDSTUK 4

rechter zijn ruime mandaat op cruciale momenten soms erg ver heeft opgerekt. Het etiket ‘activistisch’, dat vaak op het Hof wordt geplakt, lijkt dan ook zeker op zijn plaats.¹¹ Welke connotatie aan dit predicaat moet worden verbonden, is echter een ander verhaal, dat hieronder maar zijdelings aan de orde zal komen.¹²

Vanzelfsprekend getuigt het van een te eenzijdige blik om ten aanzien van de transformatie die de EU vanaf haar begindagen heeft ondergaan alleen het Hof in Luxemburg te noemen. Ook het politieke proces is van grote betekenis geweest. Bij dit politieke proces valt allereerst te denken aan de verschillende verdragswijzigingsrondes die vanaf de jaren tachtig in de vorm van intergouvernementele conferenties hebben plaatsgevonden.¹³ Daarnaast mogen echter ook verstrekkende besluiten die buiten de formele wijzigingsprocedure om zijn genomen, zoals het akkoord waarbij directe verkiezingen voor het Europees Parlement werden ingevoerd en het Handvest van de grondrechten, niet vergeten worden.¹⁴ In meer impliciete zin kan worden gewezen op de expansieve manier waarop de politieke instituties van de Unie vanaf het begin van de jaren zeventig gebruik hebben gemaakt van de bevoegdheden die hun door het Verdrag zijn toegekend, zozeer zelfs dat het hierin neergelegde schema van bevoegdheidsverdeling soms van iedere betekenis leek te zijn ontdaan.¹⁵ Zij werden hierin

¹¹ In een eerdere bewerking van dit hoofdstuk viel hierboven te lezen dat een mogelijke rechtvaardiging voor het activisme van het Hof te vinden viel in de omstandigheid dat de *travaux préparatoires* bij de oorspronkelijke Verdragen pas in 1994 zouden zijn gepubliceerd. Het zou zich, anders dan van een rechter handelend op basis van een verdrag misschien mag worden verwacht, bij de uitleg van een verdragsbepaling om die reden niet kunnen beroepen op de bedoeling van de ontwerpers. In Gerard Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press 2012) wordt, op p. 255-256, echter gesteld dat deze veronderstelling niet klopt. Zie algemeen over de interpretatiemethoden van het HvJ: Tim Koopmans, ‘The Theory of Interpretation and the Court of Justice’, in: David O’Keeffe (red.), *Judicial Review in European Union Law: Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Vol. I (Den Haag: Kluwer International Law 2000) 45-58.

¹² Zie algemeen over het begrip ‘rechterlijk activisme’, dat als fenomeen vooral in de Verenigde Staten de gemoederen traditioneel veel bezighoudt, het speciaal hieraan gewijde nummer: 73 *University of Colorado Law Review* (2002). Vgl. verder K.D. Kmiec, ‘The Origin and Current Meanings of Judicial Activism’, 92 *California Law Review* (2004) 1441. Zie over het etiket ‘rechterlijk activisme’ in Europees verband: H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009).

¹³ Zie Bruno de Witte, ‘The Closest Thing to a Constitutional Conversation in Europe: The Semi-Permanent Treaty Revision Process’, in: P. Beaumont e.a. (red.), *Convergence and Divergence in European Public Law* (Oxford: Hart Publishing 2002) 39-57; Thomas Christiansen en Christine Reh, *Constitutionalizing the European Union* (Gordonsville: Palgrave Macmillan 2009).

¹⁴ PB L 278, 8 oktober 1976, ‘Akte betreffende de verkiezing van de vertegenwoordigers in de Vergadering door middel van rechtstreekse algemene verkiezingen’; PB C 364, 18 december 2000, ‘Handvest van de grondrechten van de Europese Unie’.

¹⁵ Zie Weiler, ‘The Transformation of Europe’, 2431-2153. Verder zou ook nog kunnen worden gedacht aan constitutionele praktijken op een specifiek supranationaal niveau, zoals de geleidelijke vorming van iets dat lijkt op een Europees parlementair stelsel.

ondersteund door het Hof, dat aan dit oprekken van de grenzen van het Europese recht slechts zelden zijn goedkeuring onthield.¹⁶

De bemoeienis van politieke actoren met het constitutionaliseringsproces nam een hoge vlucht in 2001, toen door regeringsleiders in het Belgische Laken werd afgesproken een Europese Conventie te beleggen waarop door een mix van Europese en nationale politici zou worden gedelibereerd over de toekomst van de EU.¹⁷ Zoals bekend, kwam uit deze Conventie drie jaar later het Grondwettelijk Verdrag voort, dat midden 2005 door Franse en Nederlandse kiezers in nationale referenda zou worden afgestemd. Na het debacle van het Grondwettelijk Verdrag leek het 'high water mark' van formele constitutionalisering van de EU door de politiek voorlopig bereikt. Inhoudelijk bleven de lidstaten ook na dit debacle niettemin vastbesloten om hervormingen door te voeren die in de context van de EU onmiskenbaar als constitutioneel kunnen worden betiteld. De vele inhoudelijke overeenkomsten tussen het GV en het in reactie hierop tot stand gekomen Verdrag van Lissabon (VvL) getuigen hiervan.¹⁸ Gezien de uiterlijke verschillen tussen beide verdragen is het echter eveneens duidelijk dat men heeft willen terugkeren naar de meer intergouvernementele koers die tot 2001, het jaar waarin het Verdrag van Nice gesloten werd, gevaren werd. Wat hier precies ook van zij, veel lidstaten hadden gehoopt dat met het VvL tot in lengte van jaren een solide, juridisch fundament voor de Unie tot stand was gebracht.

De eurocrisis die in 2008 is uitgebroken, nog voordat het VvL goed en wel in werking was getreden, heeft ervoor gezorgd dat dit ijdele hoop is. Geconfronteerd met op hol geslagen financiële markten, omvallende banken en, uiteinde-

¹⁶ Eén van de weinige voorbeelden van een oordeel waarin het HvJ niet akkoord ging met een door de Europese wetgever gekozen rechtsgrondslag is Zaak C-376/98, *Tabaksreclame* [2000] ECR I-8419, waarin het Hof een door Duitsland aangevochten richtlijn vernietigde, welke in het leven was geroepen om regelgeving inzake reclame voor tabaksproducten te harmoniseren. Vgl. ook Gevoegde zaken C-317 en C-318/04, *Passagiergegevens* [2006] ECR I-4721.

¹⁷ Verklaring van Laken, 14 en 15 december 2001, SN 300/1/01.

¹⁸ Zie met name R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon: Achtergronden en commentaar* (Deventer: Kluwer 2008); Craig, 'The Treaty of Lisbon: Proces, architecture and substance', 33 *European Law Review* (2008) 137. Ook zij verwezen naar een speciale aan het VvL gewijde reeks bijdragen in *SEW*: o.a. R.H. van Ooik, 'Het Verdrag van Lissabon: structuur en overzicht', *SEW* (2008) 38-42; W.T. Eijsbouts, 'Fundering en geleiding: Opmerkingen over Lissabon en de institutionele structuur van de Unie', *SEW* (2008) 82-88; J.Q.Th. Rood, 'De EU na het Verdrag van Lissabon: naar een nieuw politiek en institutioneel evenwicht?', *SEW* (2008) 132-135; A.A.M. Schrauwen, 'Naar een waarlijk 'fundamentele status'? Democratie en Europees Burgerschap na het Verdrag van Lissabon', *SEW* (2008) 288-292. Vgl. tot slot Gráinne de Búrca, 'The EU on the Road from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty', Jean Monnet Working Paper 03/08, centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/index.html; Jörg Philipp Terhechte, 'Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?', 2 *Zeitschrift Europarecht* (2008) 143.

HOOFDSTUK 4

lijk ook, individuele lidstaten die naar de rand van de afgrond gleden, hebben de lidstaten juridische stappen gezet die een aantal jaren geleden nog ondenkbaar waren. Sommige van deze stappen zijn gezet binnen het bestaande kader van het Unierecht, in de ruimte die geboden wordt door het regime ten aanzien van economisch beleid.¹⁹ Maar op beslissende momenten hebben de lidstaten het ook noodzakelijk geacht om zaken buiten de directe omgeving van de Verdragen om te regelen, in internationale verdragen. Dit begon in december 2010. Toen nam de Europese Raad het besluit om via de versnelde procedure van artikel 48 lid 6 VEU in artikel 136 VWEU op te nemen dat de lidstaten een mechanisme kunnen oprichten om de stabiliteit van de eurozone te waarborgen. Hiermee plaveiden de regeringsleiders de weg voor het ESM, het permanente noodfonds waarmee in de toekomst Griekse toestanden moeten worden voorkomen.²⁰ Een ander belangrijk instrument om de Europese Monetaire Unie te versterken, verscherpte regels ten aanzien van nationale begrotingen en Europese controle hierop, wilde men aanvankelijk geheel binnen het Uniekader regelen. Na een Britse veto hier tegen, op een bijeenkomst van de Europese Raad in december 2011, besloten de overige lidstaten echter ook nu weer de route van het internationale recht op te zoeken. Het resultaat hiervan is het Stabiliteitsverdrag, een overeenkomst die de deelnemende landen onder meer verplicht een begrotingsevenwichtsnorm in hun nationale recht op te nemen.²¹

Het ESM-Verdrag en het Stabiliteitsverdrag vormen niet het sluitstuk van de beteugeling van de crisis. Er liggen nog tal van maatregelen op stapel die van de EMU, behalve een monetaire unie, ook een echte economische en misschien zelfs wel politieke unie moeten maken.²² Het lijkt geen twijfel dat de uiteindelijke keuzes die in dit verband gemaakt worden, bepalend zullen zijn voor de toekomst van het proces van Europese integratie. De tijd dat het politieke proces de constitutionele sporen kon volgen die eerder door de rechter waren getrokken, lijkt in ieder geval voorbij.²³ Niet dat de politiek in Europa eerder slaafs volgde

¹⁹ Zie het 'sixpack' bestaande uit de volgende zes maatregelen: Verordening 1173/2011, PB 2011 L306/1; Verordening 1174/2011, PB 2011 L306/8; Verordening 1175/2011, PB 2011 L306/12; Verordening 1176/2011, PB 2011 L306/25; Verordening 1177/2011, PB 2011 L306/33; Richtlijn 2011/85/EU, PB 2011 L306/41. En daarnaast het 'twopack' bestaande uit Verordening 472/2013, PB 2013 L 140/1 en Verordening 473/2013, PB 2013 L140/13.

²⁰ Tractatenblad 2012, 28.

²¹ Tractatenblad 2012, 51.

²² Deze maatregelen worden uitgesteld in het rapport 'Naar een echte Economische en Monetaire Unie', van de voorzitter van de Europese Raad, Herman van Rompuy, dat op 26 juni 2012 en een half jaar later, in uitgewerkte vorm, op 5 december 2012 verscheen. (Resp. www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/nl/ec/131283.pdf en www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/nl/ec/134192.pdf). De Commissie is inmiddels met bepaalde van deze plannen aan de slag gegaan. Zie onder andere COM 2013 (165) en COM 2013 (166). Verder *infra*, § 9.7.

²³ Wijzigingen van de Verdragen vormden in het verleden niet zelden de codificatie van eerdere uitspraken van het HvJ. Zie N. Fennelly, 'Preserving the Legal Coherence within the New Treaty: The ECJ after the Treaty of Amsterdam', 5 *Maastricht Journal of European and*

waar de rechter ankers had uitgegooid. Zoals in het volgende hoofdstuk duidelijk zal worden, heeft het Europese constitutionaliseringsproces altijd een bijzondere dynamiek gekend, waarop de lidstaten steeds op hun eigen wijze grip hebben gehad. Niettemin kan wel alvast gezegd worden dat het succes van een halve eeuw Europese integratie in algemene zin voor een belangrijk deel valt toe te schrijven aan het feit dat de EU altijd in de eerste plaats is geposteed als *rechtsgemeenschap*.²⁴ Deze kwalificatie, waarmee ook de naam *acquis communautaire* nauw is verbonden, heeft lange tijd als schild kunnen dienen om tekortkomingen van de Europese manier van samenwerken op een intrinsiek *politiek* niveau op te vangen. Dankzij de crisis lijkt de politieke geest echter uit de fles en is de status van rechtsgemeenschap niet meer zo vrijblijvend als voorheen. Dat wil zeggen: wellicht dat ‘*integration through law*’ ook in de toekomst nog zal fungeren als belangrijk sjabloon, maar wel met dien verstande dat deze integratie niet meer primair ‘*made in Luxembourg*’ zal zijn, zoals jarenlang het geval is geweest.²⁵

Behalve het politieke proces verdient nog een andere factor in de constitutionele uitbouw van de communautaire rechtsorde het om genoemd te worden: de nationale rechter.²⁶ Als het Hof binnen het rechtssysteem van de Unie de commandant is die zich achter de linie over de stafkaarten buigt, dan zijn de nationale gerechten diens adjutanten in het veld. Zonder de medewerking van

Comparative Law (1998) 185, 198. Dat de verdragswijzigingsprocedure werd aangegrepen om eerdere uitspraken van het Hof om te draaien, is daarentegen veel minder veelvuldig voorgekomen. Eén van de spaarzame voorbeelden in dit verband was de opneming van artikel 34 VEU (oud) in het Verdrag van Maastricht, waarin, als reactie op het onder voorwaarden verlenen van directe werking aan richtlijnen, expliciet directe werking wordt ontzegd aan binnen de derde pijler tot stand gekomen kaderbesluiten. In het veelbesproken arrest *Pupino*, Zaak C-105/03 [2005] ECR I-2355, leek het Hof dergelijke werking van kaderbesluiten echter toch via een achterdeur toe te laten.

²⁴ Het concept rechtsgemeenschap (*Rechtsgemeinschaft*) is afkomstig van voormalig Commissievoorzitter Walter Hallstein, die ermee wilde uitdrukken dat de Gemeenschap voor een goed functioneren meer dan staten, die over een geweldsmonopolie beschikken, is aangewezen op de nakoming en effectiviteit van juridische normen. Vgl. Zaak C-2/88, *Imm. Zwartveld* [1990] ECR I-3365.

²⁵ Een interessante ‘testcase’ in dit verband was de zaak *Pringle*. Hierin werd het HvJ door het Ierse Supreme Court gevraagd zich uit te spreken over de rechtmatigheid van het ESM-Verdrag. Het Hof sauveerde de betreffende overeenkomst, hetgeen niet als een verrassing kwam. Zie over *Pringle* en de manier waarop deze zaak een licht schijnt op de Unie als rechtsgemeenschap: Van den Brink en Van Rossem, ‘De zaak Pringle en de eurocrisis’. Vgl. voorts *infra*, § 9.7.

²⁶ Zie algemeen Karen Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe* (Oxford: Oxford University Press 2001); Claes, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*. Vgl. over de rol van de nationale rechter in het Europese recht ook Herman van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europese recht: Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer*, diss. Universiteit van Amsterdam (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011).

HOOFDSTUK 4

ationale rechters was het voor het HvJ onmogelijk geweest om zijn rechtspraak uit te werken op de manier waarop het dat heeft gedaan. De sleutel voor deze medewerking ligt in het systeem van prejudiciële vragen, welke onder het huidige verdragsregime te vinden is in artikel 267 VWEU. Hoewel dat waarschijnlijk niet de oorspronkelijke gedachte achter deze procedure was, heeft het Hof met behulp van artikel 267 VWEU nationale rechters tot volwaardige communautaire medespelers gemaakt op wie de plicht rust het Unierecht getrouw in hun rechtsordes toe te passen en waar nodig de eigen staat tot de orde te roepen.²⁷ De prejudiciële procedure heeft aan de voet gestaan van veel leidende beginselen van Unierecht, zoals de hieronder te bespreken doctrines van directe werking en voorrang. Het zou verkeerd zijn om te veronderstellen dat daarbij steeds sprake is geweest van eenrichtingsverkeer van de kant van het Hof. Op beslissende momenten waren het juist nationale rechters, veelal van lagere rang, die het HvJ uitnodigden om stelling te nemen in netelige kwesties over de verhouding tussen de Unie en de lidstaten. De politicologisch en sociologisch getinte vraag *waarom* nationale rechters zo gehandeld hebben, valt buiten het bestek van deze studie.²⁸ Wel is het van belang om bij de uiteenzetting van de constitutionele rechtspraak van het Hof hieronder in het oog te houden dat deze voor een belangrijk gedeelte het resultaat is van een dialoog met rechters op nationaal niveau.

4.3 Directe werking en voorrang

In het proces van constitutionalisering van de EU vallen verschillende ijkpunten aan te wijzen. De eerste en misschien meteen ook belangrijkste pijlpalen in dit proces werden begin jaren zestig van de vorige eeuw in de klassieke uitspraken

²⁷ Zie Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, 9-10. Volgens Alter was de prejudiciële procedure – eerst onder het EGKS-Verdrag en later in uitgebreide vorm onder het Verdrag van Rome – aanvankelijk vooral in het leven geroepen ter controle van besluiten van communautaire instellingen en ter verduidelijking van supranationale beleidsprogramma's. De beoogde manier om lidstaten in de pas te laten lopen was volgens haar de verdragsinbreukprocedure, onder het vorige Verdrag neergelegd in artikel 226 EG en in het VvL in artikel 258 VWEU. Zie ook Vauchez, 'The transnational politics of judicialization', 6-9, die betoogt dat het Hof, ondanks zijn verschillende bevoegdheden, aanvankelijk allerm minst de beoogde motor van integratie was. De eerste keer dat het Hof van een nationale rechter een prejudiciële vraag ontving, was overigens pas in 1961. De verwijzing in Zaak 13/61, *De Geus/Bosch* [1962] ECR 45 was afkomstig van een Nederlandse rechter, het Hof Den Haag. Naar verluidt werd zij in Luxemburg met champagne gevierd. Hetgeen de rol van de nationale rechter in de constitutionele uitbouw van de Unierechtsorde nog eens onderstreept. Vgl. Van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europese recht*, 137-138.

²⁸ Zie Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*; A. Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe* (Oxford: Oxford University Press 2004). Zie voor de lidstaten afzonderlijk: Slaughter, Stone Sweet en Weiler, *The European Court and National Courts*.

Van Gend & Loos en *Costa/ENEL* geslagen.²⁹ In *Van Gend & Loos* ontvouwde het Hof zijn doctrine van directe werking van het Europese recht; in *Costa/ENEL* die van voorrang.³⁰ De doctrine van directe werking houdt kort gezegd in dat Unierecht, indien het over de juiste eigenschappen beschikt, rechtstreeks, dat wil zeggen in de hoedanigheid van Unierecht en onafhankelijk van nationaal recht, door burgers voor een nationale rechter kan worden ingeroepen. En, cruciaal, dat het aan het Hof is om te bepalen of een Europese norm over zulke eigenschappen beschikt.³¹ Het leerstuk is in de loop der jaren zo door het HvJ uitgelegd dat het bijna over de gehele breedte van het Europese recht ingang heeft gevonden en feitelijk de ‘normale’ status daarvan weergeeft.³² Behalve voor primair Unierecht en verordeningen gaat directe werking, anders dan de tekst van het Verdrag op het eerste gezicht lijkt te suggereren, onder omstandigheden ook op voor richtlijnen, verdragen en algemene rechtsbeginselen van Unierecht.³³ Daarnaast kan Europese regelgeving in voorkomende gevallen zogeheten indirecte werking hebben, wat neerkomt op de plicht van nationale

²⁹ Resp. Zaak 26/62, *Van Gend & Loos* [1963] ECR 3; Zaak 6/64, *Costa/ENEL* [1964] ECR 1203.

³⁰ Zie over beide doctrines: Bruno de Witte, ‘Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order’, 177-213; Craig en De Búrca, *EU Law*, 268-304, 344-378; P.J.G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen* (Deventer: Kluwer 2003) 419-448; Claes, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*, 70-108. Zie specifiek over directe werking J.M. Prinssen en A. Schrauwen (red.), *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine* (Groningen: Europa Law Publishing 2002).

³¹ In de doctrine wordt overigens wel een onderscheid gemaakt tussen de begrippen rechtstreekse werking en rechtstreekse toepasselijkheid. De eerste notie ziet, zo wordt wel beweerd, toe op de vraag of een norm zich naar zijn aard leent voor toepassing in de interne rechtssfeer; de tweede notie heeft betrekking op de vraag of omzetting van Europees recht in de nationale rechtsorde vereist is. In de praktijk is dit onderscheid niet meer van veel belang. Zie Kapteyn en VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, 58-60, 419-423. Behalve tussen werking en toepasselijkheid, wordt verder nog onderscheid gemaakt tussen een ruime en enge opvatting van rechtstreekse werking. In ruime zin ziet de notie toe op het vermogen van een Europese norm om voor een nationale rechter te worden ingeroepen; in enge zin op het vermogen van een norm om rechten aan particulieren toe te kennen. Zie Craig en de Búrca, *EU Law*, 269-270. Vgl. ook de bespreking van Bruno de Witte, ‘The Continuous Significance of *Van Gend en Loos*’, in: Maduro en Azoulai, *The Past and Future of EU Law*, 9-15.

³² De voorwaarden voor rechtstreekse werking van Unierecht, zoals in *Van Gend & Loos* geformuleerd, zijn in de loop der jaren aanmerkelijk versoepeld. Deze ontwikkeling heeft geleid tot de situatie dat voor het toekennen van rechtstreekse werking beslissend is of een Unierechtelijke bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is geformuleerd. Zie hierover W.T. Eijssbouts e.a., *Europees recht: Algemeen Deel* (Groningen: Europa Law Publishing 2012) 276-280.

³³ Zaak 41/74, *Van Duyn* [1974] ECR 1337; Zaak 181/73, *Haegeman* [1974] ECR 449; Zaak C-144/04, *Mangold* [2005] ECR I-9981. Zie ook A.A. Dashwood, ‘The relationship between the Member States and the EU/EC’, 41 *Common Market Law Review* (2004) 355.

HOOFDSTUK 4

rechters om nationale wetten zo veel mogelijk op een verdragsconforme manier uit te leggen.³⁴

Het beginsel van voorrang is in veel opzichten de logische component van directe werking, maar reikt tegelijkertijd ook verder dan dit leerstuk. Strekking van het voorrangsprincipe is dat bepalingen van Europees recht prevaleren boven bepalingen van nationaal recht. In dat opzicht lijkt het – of leek het althans – compromisloos: ‘even the most minor piece of technical Community legislation ranks above the most cherished constitutional norm’, was jarenlang de boodschap.³⁵ Het beginsel is verder voornamelijk gericht tot nationale rechters:³⁶ die hebben ingeval van strijd met een Europese regel de plicht om nationale wetgeving, ongeacht haar rang, buiten toepassing te laten. In brede zin geldt voorrang echter eveneens voor niet-direct werkend Unierecht;³⁷ ook de hiervoor genoemde rechterlijke plicht tot conforme interpretatie wordt in de Europese doctrine wel als een uitdrukking van het beginsel gezien.³⁸ Daarnaast manifes-

³⁴ Zaak 14/83, *Von Colson en Kamann* [1984] ECR 1891. Indirecte werking kan in zeker opzicht verstrekkender gevolgen hebben voor de betekenis van nationale wetgeving dan directe werking. Een voorbeeld hiervan is het eerder genoemde arrest *Pupino*, Zaak C-105/03 [2005] ECR I-2355, waarin het Hof een plicht van conforme interpretatie formuleerde ten aanzien kaderbesluiten in de voormalige derde pijler, hoewel dat in casu ogenschijnlijk op een *contra legem*-interpretatie van de betreffende nationale regel neerkwam.

³⁵ S. Weatherill, *Law and Integration in the European Union* (Oxford: Oxford University Press 1995) 106. Vgl. *infra*, § 6.4 en § 9.5, waarin ter sprake komt in hoeverre de werking van het voorrangsbeginsel onder invloed van het debat over constitutioneel pluralisme principieel aan scherpte heeft verloren.

³⁶ Blijkens de jurisprudentie van het HvJ kan het voorrangsbeginsel zich daarnaast ook tot andere nationale overheden, m.n. bestuursorganen, richten. Zie e.g. Zaak 103/88, *Fratelli Costanzo* [1989] ECR 1839; Zaak C-224/97, *Ciola* [1999] ECR I-2517. Deze uitbreiding van de reikwijdte van het leerstuk, die mogelijk grote constitutionele gevolgen heeft, is echter nog niet helemaal uitgekristalliseerd. Zie over deze materie uitgebreid Maartje Verhoeven, *The Costanzo Obligation. The obligations of national administrative authorities in the case of incompatibility between national law and European law*, diss. Universiteit Utrecht (Antwerpen: Intersentia 2011).

³⁷ Of het voorrangsbeginsel onder het oude verdragsregime ook recht dat niet communautair van aard was bestreek – i.e. Unierecht uit de tweede en derde pijler – vormde onder deskundigen een punt van discussie. Zie Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, 103-108. Hoewel de pijlerstructuur in het VvL is komen te vervallen en ook het daaraan gekoppelde onderscheid tussen Gemeenschap en Unie formeel niet meer bestaat, is deze kwestie nog altijd van belang. Het Buitenlands en Veiligheidsbeleid van de Unie (GBVB) neemt namelijk ook onder het nieuwe verdragsregime een aparte positie in.

³⁸ Het is ook vrij gangbaar om ter verklaring van deze interpretatieplicht te verwijzen naar het loyaliteitsbeginsel, dat is neergelegd in artikel 4 lid 3 EU. Zie bijvoorbeeld Zaak C-105/03, *Pupino* [2005] ECR I-2355, r.o. 39-42. Dit zou betekenen dat genoemde verplichting een dubbele grondslag heeft. Hierbij moet wel worden aangetekend dat de verhouding tussen de beginselen van voorrang en loyaliteit zelf ook niet helemaal eenduidig is. Het is bijvoorbeeld niet ongebruikelijk om voorrang ook als afgeleide van artikel 4 lid 3 VEU te beschouwen. Als dat waar is, heeft het op het eerste gezicht niet zo gek veel zin om conforme interpretatie nadrukkelijk aan voorrang te koppelen. Vgl. *infra*, § 9.5.

teert voorrang zich niet alleen ten aanzien van situaties waarin sprake is van conflicterende normen, maar kan het principe ook gevallen van meer structurele aard bestrijken. Dit betekent dat nationale rechters gevraagd kan worden nationaal procesrecht opzij te zetten of zelfs nieuwe jurisdictionele bevoegdheden aan zich te trekken, wanneer de effectieve werking van het Unierecht gehinderd wordt.³⁹

Hoewel de principes van directe werking en voorrang nog steeds evolueren, wordt de essentie ervan vandaag niet meer wezenlijk betwist.⁴⁰ Vijftig jaar geleden, toen de beginselen het levenslicht zagen, was dit wel anders. In *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* breekt het Hof namelijk met de in het internationale recht gangbare opvatting dat partijen bij een verdrag zelf gaan over de toepassing en rang van dat verdrag in de eigen nationale rechtsorde.⁴¹ Met de manier waarop een internationale norm doordringt in een nationale rechtsorde houdt het volkenrecht zich in beginsel niet bezig.⁴² Waar het om gaat, is dat een staat uiteindelijk zijn verplichtingen nakomt. Uitzonderlijke omstandigheden daargelaten,⁴³ leidt dat uitgangspunt ertoe dat een nationaalrechtelijke bepaling op het niveau van het volkenrecht moet wijken voor een internationaalrechtelijke bepaling. Ten aanzien van diens toepassing en rang binnen het *internationale recht* neemt het internationale recht echter een onverschillige houding in.⁴⁴

In *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* gaf het Hof te verstaan dat het zich niet wenste te verenigen met deze onverschillige houding. Dit terwijl het Europese recht wel voorzag in een mechanisme dat bij uitstek geschikt leek om schendingen van de Verdragen op een volkenrechtelijke manier, dat wil zeggen *achteraf*, vast te stellen: de infractieprocedure.⁴⁵ Tegen de opmerkingen die hierover door de lidstaten werden ingebracht in, oordeelde het HvJ echter in *Van Gend & Loos* dat dit mechanisme niet het enige instrument vormde waarmee over verdragsschendingen kon worden geklaagd. Ook de prejudiciële procedure, de weg die in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* werd gevolgd, kon deze functie

³⁹ Zie e.g. Zaak C-213/89, *Factortame I* [1990] ECR I-2433; Gevoegde zaken C-6 en C-9/90, *Francovich en Bonifaci* [1991] ECR I-5357.

⁴⁰ Dat wil zeggen: wordt niet serieus in twijfel getrokken dat het Unierecht in die zin pure monistische trekken vertoont, dat het, anders dan het gewone volkenrecht, goeddeels op eigen kracht in de rechtsordes van de lidstaten functioneert. (Goeddeels, want zoals in hoofdstuk 3 aan de orde kwam, is het in de meeste lidstaten gebruikelijk om de grondslag voor de gelding van EU-recht in de eigen constitutie te blijven zoeken.) Als de beginselen wezenlijk betwist worden, is het, paradoxaal genoeg, juist omdat deze essentie van beide beginselen vrijwel onomstreden is. Vgl. e.g. Prechal, 'Does Direct Effect still Matter?', 37 *Common Market Law Review* (2000) 1047, waarin de vraag wordt gesteld wat nog de toegevoegde waarde is van een doctrine van rechtstreekse werking.

⁴¹ Vgl. De Witte, 'Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order', 324-329.

⁴² Besselink, *Internationaal recht en nationaal recht*, 50-51.

⁴³ Zie artikel 27 jo. 46 WVV.

⁴⁴ Kritisch: J.W.A. Fleuren, 'De historische ontwikkeling van de verhouding tussen internationaal en nationaal recht', 61 *Ars Aequi* (2012) 510.

⁴⁵ Thans ondergebracht in art. 258 en 259 VWEU.

HOOFDSTUK 4

vervullen. Dat het verdragsrecht bepalingen bevatte die Commissie en lidstaten de bevoegdheid verleenden om (andere) lidstaten op hun verplichtingen te wijzen, bracht volgens het Hof ‘geenszins (mee) dat particulieren in voorkomende gevallen deze zelfde verplichtingen niet voor de nationale rechter zouden kunnen invoeren (...)’.⁴⁶ Dit was een geniale zet van het Hof. Deze uitleg had namelijk tot gevolg dat juridische conflicten voortaan ook *vooraf*, in de sfeer van het nationale recht, beslecht konden worden, én dat Luxemburg hierover het laatste woord zou houden.⁴⁷

Op het oog zijn de gevolgen van deze bemoeienis vooral voor landen met een transformatiestelsel (dualisme) – van de oorspronkelijke zes lidstaten Duitsland en Italië – groot. Anders dan in landen met een incorporatiestelsel (monisme), is het in dit type staat immers gebruikelijk dat een regel die van buiten het eigen recht komt eerst wordt omgezet in een nationale wet voordat deze in de eigen rechtsorde kan worden toegepast. In theorie had dat dan ook kunnen betekenen dat het EEG-Verdrag, getransformeerd in een nationale wet, in deze landen in de periode voorafgaand aan *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* opzij gezet had kunnen worden door een wet van latere datum. Ook in landen met een monistische traditie is de voorrang van een verdragsnorm echter niet evident en kan de *lex posteriori*-regel opgaan. Bovendien zal in zulke landen moeten worden afgewacht of een rechter een verdragsbepaling wel geschikt vindt om rechtstreeks toe te passen. Van de monistische lidstaten hadden met name rechters in Frankrijk aanvankelijk moeite met de boodschap die het Hof over de bijzondere werking van Europees recht afgaf. Dit terwijl de Franse constitutie van 1958 een bepaling bevat die volkenrechtelijke normen een voorrangspositie boven de nationale wet verleent.⁴⁸

Om een beter idee te krijgen hoe de doctrines van directe werking en voorrang in de verschillende lidstaten werden ontvangen, is het instructief om de achtergrond van beide arresten nader onder de loep te nemen. *Van Gend & Loos*, om te beginnen, speelde zich af tegen een Nederlands decor. Aan de orde was een prejudiciële vraag van een speciaal rechterlijk orgaan, de Tariefcommissie,

⁴⁶ *Van Gend & Loos*, p. 24.

⁴⁷ Of, zoals De Witte, ‘Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order’, 329, het treffend verwoordt: ‘The preliminary reference mechanism allowed the European Court, in *Costa*, to ‘stop the clock’.

⁴⁸ Artikel 55 Const. Zie over de moeizame acceptatie van de doctrine van het HvJ in Frankrijk: Plötner, ‘Report on France’, 41-55. In België bestond ten tijde van *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* geen ondubbelzinnige doctrine ten aanzien van de verhouding met internationaal recht. De Grondwet zei daar in ieder geval niets over. Hoewel Belgische rechters zich wat betreft de toepassing van Europese regelgeving altijd loyaal hebben opgesteld, heerst er, door ogenschijnlijk afwijkende standpunten van de twee hoogste rechters – het Grondwettelijk Hof (voorheen Arbitragehof) en het Cassatiehof – nog steeds onduidelijkheid over de exacte plaatsbepaling van het Belgische constitutionele recht tegenover de Europese rechtsorde. Van de oorspronkelijke zes lidstaten bleken eigenlijk alleen Nederland en Luxemburg geen problemen te hebben met de overneming van de doctrine van het HvJ.

of interne werking toekwam aan artikel 12 EEG, het onder het huidige Verdrag in artikel 25 neergelegde verbod op douanerechten. Dat juist een Nederlandse rechter deze vraag stelde, was niet toevallig. In de Nederlandse Grondwet was reeds in de mogelijkheid voorzien dat burgers zich voor een rechter konden beroepen op een ieder verbindende bepalingen van verdragen.⁴⁹ Hoewel rechters tot dat moment niet erg toeschietelijk waren gebleken in het toepassen van deze mogelijkheid, was het vraagstuk van directe werking van verdragsartikelen dus niet vreemd aan het Nederlandse staatsrecht; voor de Tariefcommissie was het vooral een zaak van interpretatie.⁵⁰ Evenmin was het verrassend dat het HvJ alleen de vraag van rechtstreekse werking ter beantwoording kreeg voorgelegd en dat de kwestie van voorrang in een andere procedure door een rechter uit een land met een dualistische traditie, te weten Italië, werd aangedragen. Toen eenmaal door het Hof in *Van Gend & Loos* was vastgesteld dat de desbetreffende bepaling interne werking had waar burgers direct rechten aan konden ontleen, volgde immers automatisch uit de Nederlandse Grondwet ook de voorrang daarvan.

Dit lag anders in *Costa/ENEL*, waarin een Italiaanse wet werd aangevochten waarbij een nationaal elektriciteitsbedrijf werd opgericht. De vraag, of de verdragsbepalingen die werden ingeroepen werking hadden in de nationale rechtsorde, drong zich daar in het geheel niet op, omdat het EEG-Verdrag na omzet-

⁴⁹ Hoewel dat in de rechtspraak niet altijd duidelijk naar voren komt, kunnen de noties rechtstreekse werking en een ieder verbindendheid strikt genomen overigens niet met elkaar worden gelijkgesteld. Dit heeft vooral te maken met het feit dat aan de term rechtstreekse werking in de Europese doctrine een andere betekenis lijkt toe te komen dan in de Nederlandse. Volgens Kortmann, *Constitutioneel recht*, 174-177, gaat rechtstreekse werking in de Nederlandse doctrine over de vraag of aan een internationale norm binnen de nationale rechtsorde nog uitvoering moet worden gegeven, terwijl de grondwettelijke term een ieder verbindendheid betrekking heeft op de problematiek of een internationale regel het karakter heeft om door particulieren voor een rechter te worden ingeroepen. Rechtstreekse werking ziet, met andere woorden, toe op de vraag of aan een internationale norm in een concreet geval door een rechter rechtsgevolg kan worden gegeven – Kortmann verwijst hierbij ter illustratie naar HR 23 september 1988, NJ 1989, 740 (*Naamrecht*) – en een ieder verbindendheid op inroepbaarheid van een norm in meer algemene zin. Dit zou betekenen dat het denkbaar is dat een internationale regel rechtstreeks werkt zonder een ieder verbindend te zijn en *vice versa*. Om het nog wat ingewikkelder te maken, zij tot slot opgemerkt dat niet rechtstreekse werking, maar een ieder verbindendheid dus correspondeert met de Europese notie rechtstreekse werking.

⁵⁰ Dit standpunt werd overigens niet gedeeld door de Nederlandse regering. Volgens de regering werd gevraagd naar de *toepasselijkheid* van het Verdrag binnen de Nederlandse rechtsorde. Daarover achtte zij het HvJ gezien diens taakomschrijving in beginsel niet bevoegd om zich uit te spreken. Het Hof benadrukte daarop dat het verzocht werd om een interpretatie en liet in het midden of het bevoegd was om te oordelen over de toepasselijkheid van Europeesrecht in de nationale rechtsorde. Wanneer *Van Gend & Loos* in samenhang met *Costa/ENEL* wordt gelezen, kan men echter niet om de conclusie heen dat het HvJ, zij het misschien indirect, wel over deze bevoegdheid meent te beschikken. Dit terwijl het behoudens in het kader van de verdragsinbreukprocedure ex artikel 258 en 259 EG formeel nog altijd alleen over de uitleg van het Verdrag gaat. Vgl. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, 10-11.

HOOFDSTUK 4

ting onderdeel was geworden van het Italiaanse recht. Wel controversieel was de vraag welke plaats deze bepalingen hadden. Het Italiaanse *Corte Costituzionale* had daar in een eerder stadium van het conflict over gesteld dat er geen twijfel over kon bestaan dat het EEG-Verdrag, in de hoedanigheid van vroegere wet, terzijde kon worden geschoven door de latere elektriciteitswet.⁵¹ Het HvJ, daartoe in de mogelijkheid gebracht door een lagere, tegendraadse Italiaanse rechter, besliste echter anders; het oordeelde dat ‘latere eenzijdig afgekondigde wettelijke voorschriften, die tegen het stelsel van de Gemeenschap ingaan, iedere werking ontberen.’⁵²

Centraal in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* staan verschillende kwesties. In *Van Gend & Loos* ging het om de *toepasselijkheid* van gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde. In *Costa/ENEL* draaide het om de *verhouding* tussen Europees recht en nationaal recht. Tegelijkertijd is duidelijk dat beide leerstukken eigenlijk niet los van elkaar kunnen worden gezien. De grondgedachte achter *Van Gend & Loos* was het communautaire recht onderdeel te maken van de nationale rechtsordes, zodat het de lidstaten ook naar hun interne recht zou binden. Zou het hier niet op hebben aangestuurd, zo meende het Hof, en waren handelaren en werknemers voor de toepassing van Europese regelgeving afhankelijk van de grillen van de verschillende lidstaten, dan hadden deze nooit werkelijk kunnen profiteren van de vruchten die hen met de instelling van een gemeenschappelijke markt in het vooruitzicht werden gesteld. Deze opzet was op zijn beurt echter onhaalbaar geweest, als het Hof daar niet de voorrangsdoctrine aan gekoppeld zou hebben. Unierecht had nooit kunnen uitgroeien tot ‘law of the land’ in elk van de lidstaten, als plaats en waarborgkarakter van dit recht per staat verschillend zouden zijn. Indirect kwam deze problematiek al aan de orde in *Van Gend & Loos*. Eén van de belangrijkste argumenten van A-G Roemer om in de aanloop naar het arrest tegen het verlenen van directe werking te adviseren, was namelijk dat dit onder de lidstaten zou leiden tot grote verschillen in de tenuitvoerlegging.⁵³ De Gemeenschap zou er, met andere woorden, niet bij gebaat zijn als burgers in de ene lidstaat meer rechten zouden kunnen ontleen aan het Europese recht dan in de andere lidstaat.

In *Costa/ENEL* laat het Hof zien de argumentatie van de Advocaat-Generaal te onderschrijven, maar daar vervolgens een tegenovergestelde conclusie uit te trekken. In plaats van zijn eerdere these uit *Van Gend & Loos* hierop stuk te laten lopen, maakt het HvJ het probleem van uniforme toepassing tot uitgangspunt van zijn zienswijze omtrent de aard en grondslagen van het Europese recht – tot datgene wat het wezen van dit recht ten diepste definieert. Uniformiteit is, zo kan men in *Costa/ENEL* tussen de regels door lezen, wat het Unierecht zijn ‘bijzonder karakter’⁵⁴ geeft en waarom de beginselen van directe werking en

⁵¹ *Corte Costituzionale*, 7 maart 1964, zaak nr. 14 [1964-I] *Foro Italiano* 465.

⁵² *Costa/ENEL*, p. 1220.

⁵³ Conclusie van A-G Roemer in *Van Gend & Loos*, p. 47.

⁵⁴ *Costa/ENEL*, p. 21.

voorrang nodig zijn.⁵⁵ Als het niet uniform wordt toegepast, aldus het Hof, kan Europees recht geen ‘law of the land’ zijn en daarmee zou ook diens bestaansgrond komen te vervallen. Aan de ene kant volgt uit deze redenering dat *Costa/ENEL* eigenlijk niet meer is dan de spreekwoordelijke punt op de i, die met *Van Gend & Loos* door het Hof al in de annalen van het Europese recht werd gegrift. Aan de andere kant wekt de Luxemburgse rechter hiermee tegelijkertijd de indruk verder te willen gaan dan louter afwijken van volkenrechtelijke dogma’s, zoals in het geval van *Van Gend & Loos* nog kon worden volgehouden. Met zijn beroep op het ‘bijzondere karakter’ van het Europese recht lijkt hij namelijk ook echt afscheid van deze dogma’s te willen nemen.⁵⁶

⁵⁵ Een treffende verwoording vindt men in Zaak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125, r.o. 3. Zie verder Pavlos Eleftheriadis, ‘Begging the Constitutional Question’, 36 *Journal of Common Market Studies* (1998) 258-259. Overigens zij hierbij opgemerkt dat het vereiste van uniformiteit niet al te letterlijk moet worden genomen. Aangezien Europese regelgeving in veel gevallen voor haar implementatie afhankelijk is van nationale regels en lidstaten tot op zekere hoogte procedurele autonomie genieten, is uniforme toepassing geen absoluut gegeven. Zie Claes, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*, 140-141. Om deze reden wordt door sommige auteurs wel bepleit om een onderscheid te maken tussen enerzijds de uniformiteit van Unierechtsregels en anderzijds de eenheid hiervan. Zo stelt Prechal: ‘Eenheid van recht en eenvormige uitleg en toepassing moeten overigens niet gelijk worden gesteld aan uniformiteit. Divergentie of differentiatie kunnen voortbestaan en zijn soms geboden, omdat de noodzakelijke samenhang van het communautaire rechtssysteem juist alleen gerealiseerd kan worden door verschillen te accepteren en zo nodig te overbruggen. Op deze wijze kan recht worden gedaan aan de bestaande maatschappelijke, economische, politieke en juridische verscheidenheid. Anders gezegd er is ruimte voor differentiatie, maar waar het om gaat is dat de kaders waarbinnen differentiatie mogelijk is en de zeggenschap over de rechtsregels die hierop van toepassing zijn, bij de EG en haar instellingen ligt.’ (S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie* (Groningen: Europa Law Publishing 2006) 14.) Met deze beschrijving kan in grote mate worden ingestemd. D.w.z.: vanuit het perspectief van *Costa/ENEL* lijkt het inderdaad niet zozeer doorslaggevend dat Unieregels overal binnen de EU op exact dezelfde wijze wordt uitgelegd en toegepast, als wel dat deze regels te herleiden zijn tot één bron. In de volgende paragraaf wordt nader uitgeweid over dit punt, dat van cruciale betekenis is voor het onderzoek dat in dit boek centraal staat. Vgl. over deze materie ook Van Rossem, ‘The Autonomy of EU Law’.

⁵⁶ Hoewel er ook wel wat voor valt te zeggen om dit predikaat aan *Van Gend & Loos* toe te wijzen – de voorrangsdoctrine volgde immers logisch op het beginsel van directe werking zoals dat in deze beslissing geformuleerd werd – wordt *Costa/ENEL* om deze reden over het algemeen beschouwd als de *locus classicus* van het Europese constitutionele recht. Het is, zoals door Karen Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, 19, is opgemerkt, in dit verband aardig om de overeenkomsten in achtergrond en uitkomst in oenschouw te nemen tussen *Costa/ENEL* en diens evenknie in het Amerikaanse staatsrecht, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) waarin het Supreme Court zich de bevoegdheid tot constitutionele toetsing toeëigende. In beide zaken werd iets geëist – in *Costa/ENEL* het afkeuren van de nationalisatie van een electriciteitsbedrijf op grond van een claim van 3 dollar, in *Marbury* de goedkeuring van een rechtersbenoeming tegen de zin van de zojuist gekozen regering – waar de betrokken rechters vanuit een *realpolitisch* oogpunt onmogelijk gehoor aan konden geven. Desondanks of misschien wel juist hierdoor slaagden beide rechters erin om in deze arresten het fundament van hun constitutionele doctrine neer te leggen. Gelijktijdig met het formuleren

4.4 Autonomie

Stellen dat Europees recht over specifieke kenmerken beschikt waarmee het zich onderscheidt van klassiek volkenrecht is één ding; uitleggen waarin deze kenmerken hun rechtvaardiging vinden is een ander ding. Volgens A-G Lagrange, die *Costa/ENEL* van een Conclusie voorzag, was dit primair een probleem van nationaal staatsrecht.⁵⁷ Gezien het feit dat de lidstaten elk over afzonderlijke constitutionele tradities beschikten, was Lagrange van mening dat ieder land zelf voor een oplossing diende te zorgen om in het reine te komen met de bijzondere aard van het communautaire recht. Het Hof ging daar niet in mee. Het achtte het noodzakelijk om het Europese recht van een basis te voorzien die het ‘gewone’ internationale recht zou ontstijgen en het verdragsrecht een exclusief referentiekader zou geven. De eerste stap daartoe zette het Hof al in *Van Gend & Loos*. Hierin omschreef de Luxemburgse rechter de Gemeenschap als een ‘*nieuwe rechtsorde in het volkenrecht*’.⁵⁸ Een jaar later in *Costa/ENEL* wordt de verwijzing naar de volkenrechtelijke wortels van de Gemeenschap zelfs helemaal weggelaten. Dan heet het dat het gemeenschapsrecht zijn specifieke werking dankt aan het feit dat ‘het E.E.G.-Verdrag, anders dan met gewone internationale verdragen het geval is, een *eigen* rechtsorde in het leven heeft geroepen’ en dat het verdragsrecht voortvloeit ‘uit een *autonome bron*’.⁵⁹

Door eerst over een ‘*nieuwe rechtsorde in het volkenrecht*’ en later zelfs over een ‘*eigen rechtsorde*’ te spreken, lijkt het erop dat het Hof van oordeel is dat het Europese recht, in ieder geval naar zijn inhoud bezien, bij de oprichting van de EEG door het Verdrag van Rome buiten de traditionele kaders van het internationale recht is geplaatst.⁶⁰ Ook het zinspelen op de autonomie van het verdragsrecht getuigt hiervan. Vanuit het klassieke perspectief ‘staat-internationale organisatie’ is de verstrekkende implicatie van deze suggestie dat met genoemde oprichting ook de navelstreng met het nationale recht werd doorgesneden. Aangezien internationaal recht traditioneel in een afhankelijke relatie tot nationaal recht wordt bezien, kan *a contrario* immers worden geredeneerd dat de band met de nationale rechtsorde in constitutioneel opzicht vervalt wan-

van hun zo belangrijke respectievelijke doctrinaire uitgangspunten, stelde zowel het HvJ als het Supreme Court de verweerders namelijk inhoudelijk in het gelijk. Hierdoor bestond er voor laatstgenoemden, de Italiaanse en Amerikaanse regering, geen grond meer om tegen de uitspraken in het verweer te komen en konden de rechters zich nadien op een precedent beroepen.

⁵⁷ Conclusie van A-G Lagrange in *Costa/ENEL*, p. 1237-1241.

⁵⁸ *Van Gend & Loos*, p. 23 Cursivering van mij, JWvR.

⁵⁹ *Costa/ENEL*, p. 1219 Cursiveringen van mij, JWvR.

⁶⁰ Zie Barents, *De communautaire rechtsorde*. Sceptisch: Jan Vanhamme, *Volkenrechtelijke beginselen in het Europees recht* (Groningen: Europa Law Publishing 2001) 90-93; Bruno de Witte, ‘European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?’, 65 *Zeitschrift für Öffentliches Recht* (2010) 141. Zie uitgebreid: *infra*, § 7.4.

neer buiten genoemde kaders van het internationale recht wordt getreden. Maar is het doorbreken van deze band en, als spiegelzijde hiervan, het proclameren van de eigen autonomie ook werkelijk noodzakelijk om het bijzondere karakter van het Unierecht overeind te houden? Had het Hof in *Costa/ENEL* niet gewoon het advies van zijn Advocaat-Generaal kunnen opvolgen en de theoretische fundering van dit karakter als nationale aangelegenheid kunnen beschouwen?

Om te begrijpen waarom het HvJ het advies van zijn A-G in de wind sloeg en voor een benadering koos die tijdgenoten, zacht uitgedrukt, ongebruikelijk heeft moeten doen voorkomen, is het nodig om nog wat verder in te gaan op datgene wat Europees recht bijzonder maakt: zijn uniforme werking in de rechtsordes van de lidstaten. Dit gegeven, zo bleek hierboven, verklaart waarom een Europese regel volgens het Hof in beginsel uit eigen hoofde direct doorwerkt in het nationale recht en daarop voorrang heeft. Een verklaring vormt echter niet zonder meer ook een rechtvaardiging.⁶¹ De vraag is daarom: waarop baseert het Hof zich in *Costa/ENEL* wanneer het beweert dat Europees recht op een uniforme manier moet worden uitgelegd en toegepast? Zoals hiervoor ook terloops ter sprake kwam, lijkt de sleutel hiervoor vooral te liggen in de instelling van een gemeenschappelijke markt, het primaire instrument waarmee de doelstellingen van het oorspronkelijke EEG-Verdrag bereikt moesten worden.⁶² Het Verdrag van Rome zei over de gemeenschappelijke markt in artikel 5, het huidige artikel 4 lid 3 EU, dat de lidstaten zich dienden te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking hiervan in gevaar konden brengen. Volgens het Hof betekende dit dat het nationale recht geen hindernissen mocht opwerpen, die de juridische spelregels zouden kunnen frustreren welke de lidstaten hadden opgesteld om deze markt tot stand te brengen. Zou artikel 5 anders worden uitgelegd en ruimte laten voor de mogelijkheid dat de status van Europese regelgeving per staat verschillend was, dan werd de binnenmarkt die de lidstaten zich als doel hadden gesteld naar de stellige overtuiging van het HvJ ook meteen van zijn gemeenschappelijke karakter ontdaan. In dat geval zouden de lidstaten dus feitelijk in strijd handelen met wat zij zichzelf als verplichting hebben opgelegd.

De specifieke uitleg die het Hof in *Costa/ENEL* aan de notie gemeenschappelijke markt geeft, is sterk objectief-teleologisch van aard. Niet zozeer de intentie van de verdragspartijen, de oorspronkelijke zes lidstaten, is volgens het Hof doorslaggevend in dit verband, als wel de 'geest en inhoud van het Verdrag'.⁶³ Op zichzelf is dit niet erg opzienbarend. Zoals aan het begin van dit hoofdstuk

⁶¹ Vgl. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, 186.

⁶² Art. 2 van het VvR luidde als volgt: 'De Gemeenschap heeft tot taak, door het instellen van een gemeenschappelijke markt en door het geleidelijk nader tot elkaar brengen van het economisch beleid van de Lid-Staten te bevorderen de harmonische ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap, een gestadige en evenwichtige expansie, een grotere stabiliteit, een toenemende verbetering van de levensstandaard en nauwere betrekkingen tussen de in de Gemeenschap verenigde Staten.'

⁶³ *Van Gend & Loos*, p. 22.

HOOFDSTUK 4

naar voren is gebracht, tref je deze interpretatiewijze wel vaker aan in de Luxemburgse jurisprudentie. Wat wel opvalt aan de wijze waarop het HvJ de centrale doelstelling van het EEG-Verdrag uitlegt, is dat het al dan niet aanwezig zijn van een gemeenschappelijke markt – of, tegenwoordig, een interne markt⁶⁴ – op deze manier een ‘zero sum game’ wordt. Of van zo’n markt kan worden gesproken, luistert binnen de opvatting van het Hof zeer nauw; bij het minste of geringste lijkt het gemeenschappelijke karakter ervan te kunnen komen vervallen. Alleen: waaruit blijkt precies dat ‘gemeenschappelijk’ zo uitgelegd moet worden dat de grond onder dit adjectief vandaan zou vallen op het moment dat nationaal recht zelf gaat over de vraag hoe aan een verdragsverplichting gehoor wordt gegeven? Was het onmogelijk geweest om een markt in te stellen die zowel gemeenschappelijk zou zijn geweest als bij de gratie van nationale incorporatiedoctrines zou hebben bestaan?

Om zijn betoog over de verwezenlijking van een gemeenschappelijke markt kracht bij te zetten doet het Hof in *Costa/ENEL* onder meer een appel op het gezonde verstand. Zo stelt het dat Europees recht:

‘op grond van zijn bijzonder karakter niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet, zonder zijn gemeenschappelijke karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond van de Gemeenschap zelf daardoor wordt aangetast (...).’⁶⁵

Dit argument heeft echter veel weg van een cirkelredenering. Immers, het ‘bijzonder karakter’ van het Europees recht – zijn eenvormige aard – is in de redenering van het Hof precies ook wat dit recht zijn ‘gemeenschappelijke karakter’ geeft. Verder slaagt het argument er niet in de verdenking weg te nemen dat kennelijk vooraf in beton is gegoten wat ‘gemeenschappelijk’ betekent. Wel is deze passage tekenend voor de stelligheid waarmee het Hof het behoud van het gemeenschappelijke karakter van Europees recht koppelt aan de autonome aard van dit recht. Want dat is toch waar het Hof op zinspeelt als het ‘de rechtsgrond van de Gemeenschap zelf’ op één lijn zet met dit karakter. Even aangenomen dat het klopt dat de instelling van een gemeenschappelijke markt valt of staat met de uniforme toepassing van de regels die deze instelling begeleiden, lijkt dit ook inderdaad betrekkelijk consistent geredeneerd door het Hof. Zonder autonome grondslag kan het Verdrag moeilijk als exclusief referentiekader fungeren voor de beoordeling van Europese regelgeving – een essentiële voorwaarde voor de bewerkstelling van uniformiteit. De weg van het internationale recht, dat zulke

⁶⁴ Het Verdrag van Rome kende alleen het begrip gemeenschappelijke markt. In 1986 kwam daar met de Europese Akte ook het begrip interne markt bij. Lange tijd bestonden deze twee begrippen naast elkaar. Aanvankelijk was het onduidelijk waarin het verschil tussen beide fenomenen precies lag. In het arrest *Titaniumdioxiderichtlijn*, Zaak C-300/89 [1991] ECR I-2357, legde het Hof echter uit dat gemeenschappelijke en interne markt op hetzelfde neerkwamen. Het Verdrag van Lissabon gebruikt alleen nog het begrip interne markt.

⁶⁵ *Costa/ENEL*, p. 1219.

exclusiviteit niet had kunnen garanderen, was daarom voor het Hof uitgesloten.⁶⁶

Dit zou niet anders zijn als de lidstaten, zoals A-G Lagrange in *Costa/ENEL* voorstelde, de opvattingen van het Hof over het belang van uniforme werking van communautair recht ter harte zouden nemen en erin zouden slagen hun eigen constitutionele recht hiermee te verzoenen.⁶⁷ Ook in de situatie waarin de lidstaten de beginselen van directe werking en voorrang op grond van hun nationale recht omarmen, staat de deur doorgaans nog op een kiertje staan voor de mogelijkheid dat Unierecht wordt beoordeeld in het licht van nationale constitutionele beginselen, waardoor de eenheid van dit recht uiteindelijk toch op de tocht komt te staan.⁶⁸ Bovendien zou dit meebrengen dat niet het HvJ, maar een nationale autoriteit het laatste woord zou kunnen hebben over de geldigheid van communautaire regelgeving – iets dat voor het Hof onaanvaardbaar is.⁶⁹ Het alleenrecht dat Luxemburg in dit verband voor zichzelf opeist is een aspect dat onverbrekkelijk is verbonden met het uitgangspunt dat de geldigheid van Europees recht alleen kan worden getaxeerd in het kader van de Verdragen.⁷⁰ In *Van Gend & Loos*, waarin dit voor het eerst aan het licht kwam, werd deze constatering overschaduwd door het feit dat Europees recht directe werking heeft. Achteraf bezien is het echter de vraag of dit wel terecht was. Voor de vestiging van het primaat van dit recht boven het recht van de lidstaten is het feit dat één cen-

⁶⁶ Over de vraag in hoeverre het, teneinde bovengenoemde exclusiviteit te garanderen, werkelijk noodzakelijk is te breken met het volkenrecht, hierboven, in § 7.4, meer. Vgl. hier alvast Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2003) 25-40.

⁶⁷ Uiteraard is dit wat in het gros van de lidstaten is gebeurd. Zoals in het vorige hoofdstuk reeds aan de orde kwam, worden *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* behalve in Nederland namelijk in geen enkele lidstaat volledig onderschreven. Hierboven gaat het er echter om de situatie vanuit het perspectief van de EU te beschrijven, en die situatie houdt in dat de Unie zich niet kan veroorloven de fictie van autonomie op te geven zonder het principe van eenheid bloot te stellen.

⁶⁸ In Zaak C-44/79, *Hauer* [1979] ECR 3727), een arrest dat handelde over de vraag of een verordening kon worden beoordeeld op strijd met één of meer Duitse grondrechten, verwoordde het Hof deze zorg als volgt: 'De vraag of er in een handeling van een instelling der Gemeenschappen een inbreuk op grondrechten besloten ligt, kan ook alleen in het kader van het Gemeenschapsrecht worden besproken. De introductie van bijzondere, onder de wetgeving of constitutionele orde van een bepaalde Lid-Staat vallende maatstaven, zou aan de materiële eenheid en aan de feitelijke gelding van het Gemeenschapsrecht afbreuk doen en daarmee onvermijdelijk de eenheid van de gemeenschappelijke markt doorbreken en de communautaire saamhorigheid in gevaar brengen.'

⁶⁹ Hierbij maakt het (overigens) geen verschil of een nationale rechter de geldigheid van een Europese norm in het licht van Europese of nationale beginselen beoordeelt. Ook in het eerste geval is het hem omwille van de eenheid van de Unierechtsorde niet toegestaan de ongeldigheid van Europese regelgeving uit te spreken. Zie Zaak 314/85, *Foto-Frost* [1987] ECR 4199, r.o. 15.

⁷⁰ Zie Gevoegde zaken C-402/05 P & C-415/05 P, *Kadi en Al-Barakaat* [2008] ECR I-06351.

HOOFDSTUK 4

traal orgaan het toezicht hierop naar zich toe heeft getrokken waarschijnlijk namelijk belangrijker geweest dan de aanwezigheid van dit primaat als zodanig.

De instelling van een gemeenschappelijke markt vormt niet het enige serieuze fundament waarop de doctrine van het bijzondere en daarmee autonome karakter van Unierecht rust.⁷¹ In *Van Gend & Loos*, waarin de autonomiethese in de steigers werd gezet, voert het Hof ter rechtvaardiging van dit karakter nog een andere grond aan: de directe band die zou bestaan tussen de Unie en haar burgers.⁷² Om dit aan te tonen wijst het op de preambule van het Verdrag van Rome, ‘die zich over de regeringen heen richt tot de volken’ en refereert het aan het Europees Parlement, via welke ‘de ingezetenen der in de Gemeenschap verenigde staten [...] geroepen zijn mede te werken aan de arbeid dezer Gemeenschap’.⁷³ Uiteindelijk is het echter niet geheel duidelijk of de laag democratisch vernis die over het arrest *Van Gend & Loos* is geleverd als losstaand argument kan worden beschouwd. Zo blijkt eveneens uit de uitspraak dat de zojuist genoemde verwijzing naar de preambule van het Verdrag heel nadrukkelijk moet worden gezien in het licht van de gemeenschappelijke markt. Het is de markt die volgens het Hof ‘meebrengt dat dit verdrag meer is dan een overeenkomst welke slechts wederzijdse verplichtingen tussen de verdragsluitende mogendheden schept’.⁷⁴ Dat ‘de Gemeenschap in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde vormt’ waarbinnen behalve de lidstaten ‘ook hun onderdanen gerechtigd zijn’ is iets dat hier vervolgens uit lijkt voort te vloeien. De onderdanen worden in de optiek van het HvJ namelijk rechtstreeks door de ‘werkzaamheid’ van de markt getroffen.

Hoewel de notie van democratische legitimatie in *Van Gend & Loos* als argument misschien nog niet helemaal voldragen was, is zij met het voortschrij-

⁷¹ Een wat minder geslaagd argument van het Hof in *Costa/ENEL* luidt ‘dat de verplichtingen, neergelegd in het verdrag waarbij de Gemeenschap is opgericht, niet absoluut, doch slechts voorwaardelijk zouden gelden, wanneer de verdragsluitende partijen zich door middel van latere wettelijke voorschriften aan de inachtneming daarvan zouden kunnen onttrekken (...)’. Deze vlieger gaat niet op. Dat een staat naar *nationaal* recht bevoegd is afbreuk te doen aan een verdragsnorm door een wet aan te nemen die hier aan derogeert, doet niets af aan het verplichtende karakter dat de norm in kwestie onverminderd naar *internationaal* recht blijft behouden. Stellen dat de mogelijkheid om naar nationaal recht te derogeren een internationale verplichting transformeert van absoluut naar voorwaardelijk, is dan ook onjuist. Als internationale verplichting blijft een verdragsnorm ook nadat hij in de context van nationaal recht opzij is gezet in beginsel absoluut overeind staan.

⁷² Vgl. Miguel Poiares Maduro, ‘The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism’, 3 *International Journal of Constitutional Law* (2005) 332, 336-337.

⁷³ *Van Gend & Loos*, p. 23. Zie ook *Costa/ENEL*, waarin het Hof refereert aan het verbod van discriminatie naar nationaliteit in het Europese recht.

⁷⁴ Zie over het belang van de gemeenschappelijke markt in *Van Gend & Loos* en de verklarende werking van dit instrument voor de kunstgrepen die het Hof in dit arrest uithaalt: Diarmuid Rossa Phelan, *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community* (Dublin: Round Hall 1997) 77-78.

den der jaren wel steeds aantrekkelijker geworden. Die aantrekkelijkheid zit onder andere in het feit dat zij, anders dan haar ‘concurrent’, de vooral in *Costa/ENEL* gepostuleerde idee van een gemeenschappelijke markt, niet lijdt aan het euvel dat de gelding van Europees recht met deze notie wordt verklaard door een rechtsfeit dat zelf ook normatief is. De notie van een gemeenschappelijke markt was als instrument in het Verdrag van Rome opgenomen en maakte daarmee in feite deel uit van het recht dat het nu juist probeerde te verklaren; het autonome karakter van het Verdrag, de exclusieve grondslag van de Unierechtsorde, vloeit binnen deze zienswijze daarom eigenlijk uit zichzelf voort.⁷⁵ Het argument van democratische legitimatie daarentegen heeft als voordeel dat het, althans in conceptuele zin, kan worden gebruikt in een *pouvoir constituant*-achtige constructie, waarin zoiets als een Europees volk of het collectief van Unieburgers optreedt als preconstitutionele drager. De autonomie-claim van het HvJ komt in dat geval op een verkapte manier neer op soevereiniteit. Of deze lezing van de grondslagenjurisprudentie van het Hof in Luxemburg geloofwaardig is en hoe deze jurisprudentie zich verhoudt tot meer recente ontwikkelingen, zal echter pas later aan de orde komen. Eerst is het van belang na te gaan hoe het proces van constitutionalisering zich verder heeft voltrokken.

4.5 Principes en pragmatisme

Met de arresten *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* werden de fundamentele contouren van de – toen nog – communautaire rechtsorde zichtbaar. Welke gevolgen deze rechtspraak in de praktijk had voor de relatie tussen de Gemeenschap en de lidstaten, was echter niet aanstonds in volle omvang helder. Die duidelijkheid kwam in de jaren erna, stapje voor stapje, in een reeks van prejudiciële procedures waarin het Hof de kans kreeg zijn gedachten over het communautaire construct nader uiteen te zetten.⁷⁶ Via dit polijstingsproces, dat in feite tot op de dag van vandaag voortduurt, heeft het HvJ weten te bewerkstelli-

⁷⁵ Vgl. Barents, *De communautaire rechtsorde*, 11.

⁷⁶ De Witte, ‘The Continuous Significance of *Van Gend en Loos*’, 12, wijst er bijvoorbeeld op dat de specifieke toepassing van het beginsel van directe werking in *Van Gend & Loos* nog relatief bescheiden was en dat de doctrine pas in de jaren zeventig een ‘pervasive characteristic’ van het Unierecht is geworden. Dit laatste had volgens de Witte twee oorzaken: allereerst begon het Hof de in *Van Gend & Loos* geformuleerde voorwaarden waaraan een Europese norm moet voldoen om rechtstreeks te kunnen werken te versoepelen en in de tweede plaats breidde het Hof het bereik van de doctrine uit van primair Europees recht naar richtlijnen en bepalingen uit door de Gemeenschap gesloten verdragen. Zie ook Paul Craig, ‘Once Upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law’, 12 *Oxford Journal of Legal Studies* (1992) 453.

HOOFDSTUK 4

gen dat het primaat van het Unierecht onder normale omstandigheden in alle lidstaten wordt aanvaard.

Ter ondersteuning van dit primaat worden inmiddels niet meer alleen de beginselen directe werking, voorrang en autonomie genoemd, maar wordt ook steeds uitdrukkelijker verwezen naar artikel 4 lid 3 EU, het loyaliteitsbeginsel, dat de lidstaten verplicht alles in het werk te stellen om hun verdragsverplichtingen na te komen.⁷⁷ Op het oog vormt dit principe, dat eerder in artikel 5 EEG en artikel 10 EG te vinden was, de uitdrukking van het klassiek volkenrechtelijke beginsel *pacta sunt servanda*. In de rechtspraak van het Hof heeft het loyaliteitsbeginsel zich echter ontwikkeld tot een federale norm van constitutionele allure.⁷⁸ Zoals hiervoor kort werd aangestipt, stond deze norm overigens ook reeds aan de basis van het voorrangsbeginsel in *Costa/ENEL*. In deze uitspraak leek het loyaliteitsbeginsel echter nog niet dezelfde spanwijdte en draagkracht te hebben als het nu heeft; eerder had het een soort vehikelfunctie, ter verklaring van het bijzondere karakter van de gemeenschappelijke markt.

Wat de precieze relatie is tussen aan de ene kant de beginselen van voorrang en autonomie en aan de andere kant het beginsel van loyale samenwerking, wordt hier in het midden gelaten.⁷⁹ Hier is het van belang om erop te wijzen dat de dominante rol die vandaag door het loyaliteitsbeginsel wordt gespeeld, lijkt te getuigen van een omslag die zich op een gegeven moment in het constitutionele denken van het Hof heeft voorgedaan. In de begindagen van het integratieproces, toen het de vraag was of de Unie überhaupt een primaat toekwam, was dit denken nog vooral principieel van aard. Gaandeweg heeft deze principiële aanpak echter plaatsgemaakt voor een wat meer pragmatische benadering. Centraal binnen deze benadering, die vanaf het begin van de jaren zeventig in de jurisprudentie van het Hof is komen bovendrijven, staat de vraag of Europees recht wel vol, nuttig en effectief werkt.⁸⁰ Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat het de Luxemburgse rechter er niet zozeer om te doen is om een gebouw te ontwerpen dat op strikt hiërarchische wijze is geordend, als wel om te verzekeren dat een ieder die meent aanspraak te kunnen maken op de bescherming van het Unierecht daar in rechte ook om kan vragen. En om dat te bereiken heb je over het algemeen meer aan een flexibel beginsel als dat van loyaliteit dan aan een principieel, maar ook enigszins axiomatisch beginsel als dat van autonomie, dat de relatie van de Unie met de lidstaten misschien wel onnodig op scherp zet.

⁷⁷ Zie Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, 64-65; Kapteyn en VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, 125-126; J. Temple Lang, 'Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty', 25 *Common Market Law Review* (1998) 595; A. Hatje, *Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union* (Baden-Baden: Nomos 2001).

⁷⁸ F. Ambtenbrink en H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010) 167-171.

⁷⁹ Zie *infra*, § 9.5.2.

⁸⁰ Zie e.g. Zaak 106/77, *Simmenthal II* [1978] ECR 629, r.o. 20.

Veelzeggend in dit verband is dat het Hof het autonomiebeginsel na *Costa/ENEL* nog maar één keer van stal heeft gehaald in een zaak met enkel een interne dimensie. Na 1970 is het leerstuk alleen nog opgedoken in arresten waarin de verhouding van de Unie met de internationale rechtsorde centraal stond; meest nadrukkelijk in de veelbesproken *Kadi*-uitspraak.⁸¹ Verder is niet duidelijk of het Hof vindt dat het primaat van het Unierecht boven het nationale recht impliceert dat er een *hiërarchische* relatie tussen beide categorieën bestaat.⁸² In commentaren wordt er vaak op gewezen dat het Europese recht volgens het Hof geen *Geltungsvorrang*, maar *Anwendungsvorrang* toekomt. Anders geformuleerd: een nationale norm die strijd lijkt op te leveren met een Europese norm hoeft alleen buiten toepassing te worden gelaten en verdwijnt niet uit de rechtsorde. Of dit, zoals meestal wordt beweerd, een argument is dat ontkracht dat het Hof met *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* het Europese recht in een hiërarchische relatie tot het nationale recht heeft willen plaatsen, is niet meteen evident. Er zijn genoeg voorbeelden te geven van hiërarchisch gestructureerde staten waarin ongeldigheid geen standaardsanctie vormt bij de botsing tussen normen die afkomstig zijn van verschillende niveaus.⁸³

Hoe dit ook zij, in *realpolitische* zin valt goed te begrijpen waarom het Hof niet aandringt op *Geltungsvorrang*. Het HvJ is, zoals eerder al naar voren werd gebracht, voor de toepassing van Unierecht in grote mate afhankelijk van zijn tegenspelers in de nationale rechtsordes.⁸⁴ Zelf beschikt het over onvoldoende middelen en capaciteit om op een effectieve manier op de naleving hiervan toe te zien. De meeste arresten waarin *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* nader worden uitgewerkt, zijn daarom expliciet gericht tot de nationale rechter.⁸⁵ Sa-

⁸¹ Zie Van Rossem, 'The Autonomy of EU Law', 15-18.

⁸² In dit verband wordt vaak verwezen naar verschillende geluiden in Zaak 106/77, *Simmenthal II* [1978] ECR 585, r.o. 17, en Gevoegde zaken C-10/97 tot C-22/97, *Ministero delle Finanze v IN.CO.GE.'90 Srl e.a.* [1998] ECR I-06307, r.o. 21. Vgl. e.g. Pernice, 'Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law', in: Maduro en Azoulai, *The Past and Future of EU Law*, 58-59; Robert Schütze, 'Supremacy without Pre-emption? The very slowly emergent Doctrine of Community Pre-emption', 43 *Common Market Law Review* (2006) 1023, 1028-1032. Zie ook *infra*, § 7.3.1, vn. 45.

⁸³ Zie J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving*, diss. Radboud Universiteit Nijmegen (Deventer: Kluwer 2010). Zie voorts *infra*, § 9.5.

⁸⁴ Te meer nu het Hof de poort die direct toegang geeft aan individuen tot de Europese rechter – artikel 263 VWEU – behoorlijk op slot houdt. Zie Zaak 25/62, *Plaumann* [1963] ECR 207.

⁸⁵ Te denken valt onder meer aan de plicht tot conforme interpretatie, Zaak C-106/89, *Marleasing* [1990] ECR I-4135; de plicht tot het toekennen van schadevergoeding ingeval van schending van het Unierecht door nationale autoriteiten, Gevoegde zaken C-6 en C-9/90, *Francovich en Bonifaci* [1991] ECR I-5357; de plicht om Unierecht toe te passen op een manier die niet ongunstiger is dan gebruikelijk in soortgelijke situaties onder nationaal recht, ook wel de *Rewe/Comet*-regel genoemd, Zaak 33/76, *Rewe-Zentralfinanz* [1976] ECR 1989 en Zaak 45/76, *Comet* [1976] ECR 2043; de plicht om vragen omtrent de geldigheid van Unierecht door te verwijzen naar het Hof, Zaak 314/85, *Foto-Frost* [1987] ECR 4199; en

HOOFDSTUK 4

men hebben deze arresten geresulteerd in wat wel het ‘communautaire’ mandaat van nationale rechters wordt genoemd.⁸⁶ Dit houdt in dat het Hof van de nationale rechter verwacht dat hij, waar het *effet utile* van het Unierecht in het geding is, de belangen van de EU zal laten prevaleren boven nationale belangen; zelfs indien hij daar naar nationaal recht in eerste instantie niet toe bevoegd is.⁸⁷ Het Hof kan er echter niet blind van uitgaan dat hieraan ook gehoor wordt gegeven. Het ‘communautaire’ mandaat dat nationale rechters opgespeld gekregen hebben, mag dan gelden uit hoofde van het recht van de Unie, maar hun instelling en de bevoegdheden die zij uitoefenen vloeien formeel nog altijd voort uit het eigen constitutionele recht.

Voorals de relatie met de hoogste nationale rechters, en dan weer in het bijzonder zij die een constitutionele taakopvatting hebben, is precair. Gewone, lagere nationale rechters werden door het ‘communautaire’ mandaat dat zij toegewezen kregen met een volwaardig toetsingsrecht bekleed en zagen zo hun positie tegenover andere organen versterkt. Gerechten met een constitutionele jurisdictie daarentegen hebben eerder te verliezen bij een HvJ dat zich gebiedend opstelt. De grenzen van de rechtsordes die zij beloofd hebben te beschermen, zijn als gevolg van het Europese integratieproces poreus geworden. Deze problematiek kwam gedeeltelijk al in het vorige hoofdstuk naar voren. Daar werd duidelijk dat de Franse *Conseil Constitutionnel* en het Duitse *Bundesverfassungsgericht* zich op het standpunt stellen dat Europese regelgeving in laatste instantie is terug te voeren op de eigen grondwet, welke op zijn beurt weer een uitdrukking vormt van de soevereiniteit van het volk. Frankrijk en Duitsland zijn niet de enige landen waarin op deze manier over dit vraagstuk wordt gedacht. Integendeel, op Nederland na doemt dit beeld in meer of minder sterke mate op in de jurisprudentie van alle lidstaten.⁸⁸

onder omstandigheden de plicht om vragen van Europees recht uit eigen beweging in een geding op te werpen, Zaak C-72/95, *Kraaijeveld* [1996] ECR I-5403.

⁸⁶ Zie vooral Zaak 106/77, *Simmenthal II* [1978] ECR 629. Zie ter relativering van het predikaat ‘gemeenschapsrechter’ A-G Léger in C-224/01, *Köbler* [2003] ECR I-10239 r.o. 66. Recentelijk, in Advies 1/09 (*Patent overeenkomst*) [2011] ECR I-01137, was het Hof echter weer heel duidelijk dat het nationale rechters beschouwt als ‘gewone’ Europese rechters. Zie met name r.o. 66 en 80.

⁸⁷ Zie Sacha Prechal, ‘National Courts in EU Judicial Structures’, 25 *Yearbook of European Law* (2006) 429, 442-448. Dit betekent overigens niet dat de nationale rechter zich in dergelijke gevallen helemaal niet meer mag verlaten op zijn nationale recht. Aangezien het Hof zelf niet kan buigen op een breed scala aan procesregels, is er op sommige momenten zelfs veel ruimte voor procedurele autonomie. De mate waarin nationale rechters de vrijheid genieten om terug te grijpen op hun eigen procesrecht kan echter aanzienlijk verschillen. Vgl. enerzijds Gevoegde zaken C-430 en C-431/93, *Van Schijndel & Van Veen* [1995] ECR I-4705 en anderzijds Zaak 222/84, *Johnston* [1986] ECR 1651.

⁸⁸ Zie voor een kort overzicht: Craig en de Búrca, *EU Law*, 268-296. Vgl. verder Claes, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*, passim.

Van tijd tot tijd zorgt deze open zenuw in de constitutionele constellatie van de EU voor spanningen.⁸⁹ Tot frontale aanvaringen – in de zin dat een Europese maatregel op het gebied van een bepaalde lidstaat door een hoogste rechter onverbindend werd verklaard – heeft een en ander echter nog maar een enkele keer geleid.⁹⁰ De polemiek tussen Luxemburg en nationale constitutionele rechters moet dan ook niet overdreven worden. Dialoog is waarschijnlijk een beter woord dan Koude Oorlog.⁹¹ Wel is het zo dat de vraag, wie *in extremis* de ‘ultimate arbiter’ is over de uitleg en geldigheid van Europese recht, open blijft doordat nationale constitutionele rechters de bron van het gezag van EU-regels in een andere hoek dan het Hof zoeken. Als gevolg hiervan is het voor laatstgenoemde in constitutioneel gevoelige situaties toch altijd een beetje spitsroeden lopen. Dit wordt nog versterkt door het feit dat sommige hoogste rechters, althans die met een constitutioneel mandaat, doorgaans niet staan te trappelen om het Hof in Luxemburg een prejudiciële vraag voor te leggen; iets waar zij op grond van artikel 267 VWEU in beginsel wel toe verplicht zijn als de interpretatie van een Europese maatregel ter discussie wordt gesteld.⁹²

⁸⁹ Vooral rond de ratificatie van het Verdrag van Maastricht, begin jaren negentig, was dit goed merkbaar. Zie buiten de in hoofdstuk I besproken arresten van de Franse *Conseil Constitutionnel* en het Duitse *Bundesverfassungsgericht*, de Maastricht-oordelen van het Spaanse *Tribunal constitucional*, 1 juli 1992, nr. 1236/92, Rev. Inst. Eur., 1992, 633, en van de Deense *Højesteret*, 6 april 1998, nr. I-361/1997, *UfR* 1998, 800H. Recentelijk zijn in enkele voormalige Oostbloklanden de nodige opstandige geluiden te horen. Zie uitspraken van het Poolse *Trybunał konstytucyjny*, 11 mei 2005, zaak K 18/04 (*Toetredingsverdrag*) (Engelse vertaling beschikbaar op www.trybunal.gov.pl), het Tsjechische *Ústavní soud*, 8 maart 2006, Pl. ÚS 50/04 (*Suikerquota III*) en het Hongaarse *Alkotmánybíróság*, 17/2004 (V.25) (Engelse vertaling beschikbaar op <http://www.mkab.hu/en/enmain.htm>). Zie ook Wojciech Sadurski, “Solange, chapter 3”: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union”, 14 *European Law Journal* (2008) 1.

⁹⁰ Recentelijk is het in Tsjechië voor de eerste keer gekomen tot een *ultra vires* verklaring van een Uniehandeling (in casu een uitspraak van het HvJ). Dit gebeurde in de uitspraak van 31 januari 2012 XVII, Pl. ÚS 5/12 (*Slowaakse pensioenen*) van het Tsjechische Constitutionele Hof. Zie over deze zaak Jan Komárek, ‘Playing with Matches’, 8 *European Constitutional Law Review* (2012) 323-337. Vgl. voorts *infra*, § 6.2.2. Op een enkele uitzondering en een aantal dreigende *obiter dicta* na was het tot dan toe alleen gekomen tot het sneuvelen van implementatiewetgeving. Zie e.g. de perikelen rondom het Europees Arrestatiebevel (EAB), i.h.b. de oordelen van het Duitse *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 113, 273, het Poolse *Trybunał konstytucyjny*, 27 april 2005, zaak P 1/05, en de Cypriotische hoogste rechter, 7 november 2005 zaak 294/2005. Instructief in dit verband is de Conclusie van A-G Colomer in Zaak C-303/05, *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633. Tot slot zij verwezen naar Jan Komárek, ‘European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of “Contrapunctual Principles”’, 44 *Common Market Law Review* (2007) 9.

⁹¹ Vgl. J.H.H. Weiler, ‘European Neo-constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order’, 44 *Political Studies* (1996) 517.

⁹² Zie Franz C. Mayer, ‘Multilevel Constitutional Jurisdiction’, in: Von Bogdandy en Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 403-406. Overigens is er onder constitutionele rechters recentelijk wel meer bereidheid tot dialoog te bespeuren dan jaren lang het geval was. Zo stelde zelfs het Italiaanse Constitutionele Hof onlangs voor het eerst een prejudiciële

HOOFDSTUK 4

Een mooi voorbeeld van hoe het Hof een balans probeert te zoeken tussen enerzijds principes en anderzijds pragmatisme biedt het klassieke arrest *Internationale Handelsgesellschaft*.⁹³ Een eerste reden waarom deze beslissing bekend is geworden, is dat het HvJ hierin oordeelde dat het beginsel van voorrang ook geldt ten aanzien van constitutionele normen. Daarmee borduurde het voort op de retoriek van *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*. Wil het instrument van een gemeenschappelijke markt bereikt worden, zo redeneerde het Hof in het arrest *Internationale Handelsgesellschaft*, dan kan het Unierecht enkel en alleen in het licht van zichzelf op waarde worden geschat. Afhankelijkheid van nationaal recht, ook al was dit van constitutionele aard, zou hier afbreuk aan doen. De voorrang van Unierecht, zo luidde de boodschap, kan dus uiteindelijk niet anders dan onvoorwaardelijk zijn. Vanuit het vertrekpunt dat Unierecht tot een autonome rechtsorde behoort, is dit een logische gedachte. Voor een nationale rechter, die in eerste instantie trouw verplicht is aan zijn eigen constitutionele recht, kan het echter een wereld van verschil zijn of een nationale regel waarmee dit recht in aanraking komt van grondwettelijke aard is of lager in rang is. Zeker in een land met een sterke constitutionele traditie zoals Duitsland, waar de prejudiciële vragensteller in het onderhavige geval vandaan kwam.

Tegelijkertijd – en dit is de tweede reden voor de faam van de uitspraak – betoonde het Hof zich echter ook coulant in *Internationale Handelsgesellschaft*. De zaak handelde over een communautaire verordening die op het niet tijdig uitvoeren van bepaalde goederen de verbeurdverklaring van een waarborgstelling stelde. Volgens de betrokken nationale rechter, het *Verwaltungsgericht* in Frankfurt, was dit in strijd met enkele grondrechten die bescherming genoten onder het Duitse *Grundgesetz*. Dit pleidooi werd door het Hof afgewezen; als gezegd omdat nationale constitutionele beginselen volgens de Luxemburgse rechter niet de geldigheid van een Europese regel kunnen beïnvloeden. Aan de andere kant kwam het HvJ het *Verwaltungsgericht* evenwel tegemoet door uitdrukkelijk te erkennen dat grondrechten ook in de rechtsorde van de Unie van belang zijn.⁹⁴ Volgens het Hof maakten grondrechten een bestanddeel uit ‘van de algemene rechtsbeginselen welke eerbiediging door het Hof van Justitie wordt verzekerd’.⁹⁵ Er waren ‘derhalve termen aanwezig (...) om, gezien de

vraag; zie Filippo Fontanelli en Giuseppe Martinico, ‘Cooperative Antagonists. The Italian Constitutional Court and the Preliminary Reference. Are We Dealing with a Turning Point?’, Eric Stein Working Paper No 5/2008. Zie ook Marta Cartabia, ‘Taking Dialogue Seriously: The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union’, Jean Monnet Working Paper 12/07. Verder is, zoals eerder, in vn. 97 van § 3.3.2., al is aangestipt, noemenswaardig dat het Duitse Constitutionele Hof onlangs voor het eerst een prejudiciële vraag heeft gesteld. Dit gebeurde naar aanleiding van het OMT-programma van de ECB.

⁹³ Zaak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125.

⁹⁴ De fundamenteën voor deze aanpak werden reeds eerder door het Hof gelegd, in Zaak 29/69, *Stauder* [1969] ECR 419.

⁹⁵ *Internationale Handelsgesellschaft*, r.o. 4.

twijfel welke ten deze bij het *Verwaltungsgericht* is gerezen, na te gaan of de waarborgregeling indruiste tegen rechten van fundamentele aard.⁹⁶

Overigens was het *Verwaltungsgericht* hier niet erg van onder de indruk. Het HvJ bepaalde namelijk dat de verordening in kwestie de toetssteen der kritiek kon doorstaan. Toen het Frankfurtse gerecht vervolgens naar het eigen Constitutionele Hof in Karlsruhe stapte, bleek echter dat deze laatste wel met de beslissing van de Europese rechter kon leven. Wel behield het *Bundesverfassungsgericht* zich in deze uitspraak, het al genoemde *Solange I*-arrest, uitdrukkelijk het recht voor om in de toekomst te controleren of de door de Luxemburgse rechter uitgevoerde grondrechtenbescherming nog steeds op peil was.⁹⁷ Het uiteindelijke resultaat van de *Internationale Handelsgesellschaft* sage was dus een beetje ambigu. De claim van het HvJ – dat de handhaving van fundamentele rechten ‘ofschoon uit de gemeenschappelijke traditie der Lid-Staten voortvloeiende, in het kader van het communautaire bestel en van de doelstellingen der gemeenschap moet worden verzekerd’⁹⁸ – werd hierdoor namelijk niet ten volle onderschreven.⁹⁹

4.6 Andere pijlers van het primaat van het Unierecht

De introductie van grondrechtenbescherming op Europees niveau was een *majeure* gebeurtenis in de constitutionele ontwikkeling van de EU.¹⁰⁰ Niet alleen voorzag zij het gestaag vorderende integratieproces van legitimatie, ook gaf zij het HvJ de kans om zich als ‘constitutionele’ rechter te kunnen profileren. Ondanks aandringen door sommigen, was het Hof aanvankelijk niet ingegaan op de roep om grondrechten ook in het kader van de Gemeenschap te garanderen.¹⁰¹

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ BVerfG 29 maart 1974, 37, 271 (*Solange I*).

⁹⁸ *Internationale Handelsgesellschaft*, r.o. 4.

⁹⁹ In latere jaren heeft het *Bundesverfassungsgericht*, zoals eerder al ter sprake kwam, *Solange I* uitgebreid met de extra waarborg dat het ervan uitgaat dat het niveau van grondrechtenbescherming binnen de Unie adequaat is. Zie BVerfG 22 oktober 1986, 73, 339 (*Solange II*) en BVerfG 7 juni 2000, 102, 147 (*Bananen*). De kans dat Karlsruhe ingrijpt in een grondrechtenkwestie is nu dus nog alleen maar theoretisch van aard.

¹⁰⁰ Weiler, ‘The Transformation of Europe’, 2417-2418. Overigens duurde het nog wel lange tijd voordat het Hof grondrechten op grote schaal zou gaan beschermen. Feitelijk gebeurde dit pas vanaf het jaar 2000. Zie hierover Cartabia, ‘Taking Dialogue Seriously’. Zie algemeen over grondrechtenbescherming binnen de EU: Jürgen Kühling, ‘Fundamental Rights’, in: Von Bogdandy en Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 479-512.

¹⁰¹ Zaak 1/58, *Friedrich Stork EGKS* [1959] ECR 45; Zaak 40/64, *Sgarlata* [1965] ECR 268. Zie daarnaast Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie*, 11; Antonio Tizzano, ‘The Role of the ECJ in the Protection of Fundamental Rights’, in: Anthony Arnall, Piet Eeckhout

HOOFDSTUK 4

Als argument voor deze weigering gaf het op dat het bij toetsing van communautaire maatregelen binnen de grenzen van het Verdrag diende te blijven. En op een enkele uitzondering na, kwamen daar geen beginselen in voor die binnen het nationale recht als grondrechten zouden worden gekwalificeerd. Hoewel het HvJ hiermee blijk gaf van een benadering die trouw bleef aan de tekst van het Verdrag, was deze positie feitelijk onhoudbaar geworden, doordat het in dezelfde jaren in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* wél op ingrijpende schaal constitutionaliserend te werk was gegaan. Dat regelgeving die zelf van elke inhoudelijke controle gespeend was tot diep in de nationale rechtsordes kon doordringen en in dat proces zelfs ‘the most cherished constitutional norm’ opzij kon zetten, viel simpelweg niet meer uit te leggen.

Inmiddels neemt grondrechtenbescherming een vanzelfsprekende plaats in binnen het pantheon van de rechtsgemeenschap die de Unie vormt. Nu de Unie met het Handvest van de grondrechten over een eigen (bindende) grondrechten-catalogus beschikt en, als alles volgens plan gaat, binnenkort zelfs toetreedt tot het EVRM,¹⁰² is het moeilijk voor te stellen dat er ooit een dag was dat dit anders was. Toch kan het geen kwaad om hier bij stil te staan. Zoals uit het bovenstaande blijkt, maakt de *Werdegang* die grondrechten in het integratieproces hebben doorlopen namelijk duidelijk hoezeer de verschillende constitutionele dogma’s van het Europese recht op elkaar ingrijpen en feitelijk organisch met elkaar verweven zijn. Wie over het primaat van het Unierecht spreekt, doet er dan ook goed aan om bij zijn beschouwing behalve de geëigende concepten van directe werking, voorrang, autonomie en loyaliteit ook andere leerstukken te betrekken die dit primaat hebben helpen te verstevigen. Denk behalve aan grondrechten onder andere aan het Unieburgerschap, dat sinds het VvM onderdeel uitmaakt van het Unierecht. Of, daaraan gerelateerd, aan de wijze waarop door de jaren heen vorm is gegeven aan de democratische structuur van de Unie zowel op Europees niveau als op nationaal niveau.

Deze paragraaf staat echter verder in het teken van het thema bevoegdheden. Dit vraagstuk is van grote constitutionele betekenis gebleken, sinds het Hof begin jaren zeventig met zijn rechtspraak de basis legde voor zowel een expansief gebruik van destijds bestaande bevoegdheden als het aanboren van nieuwe bevoegdheden. En het heeft er, vanwege deze expansie, evenals de beginselen van directe werking en voorrang, aan bijgedragen dat de bescherming van grondrechten zo’n thema is geworden.¹⁰³ De dynamiek die ervoor zorgde dat de handelingsbevoegdheid van de Unie geleidelijk kon worden uitgebouwd, is complex. Zo lijkt het niet juist om deze uitbouw alleen door het prisma van de

en Takis Tridimas (red.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs* (Oxford; Oxford University Press 2008) 125.

¹⁰² Art. 6 lid 2 VEU.

¹⁰³ Zie Alan Dashwood, ‘The Limits of European Community Powers’, 21 *European Law Review* (1996) 113; Paul Craig, ‘Competence: Clarity, Conferral, Containment and Consideration’, 29 *European Law Review* (2004) 323.

rechtspraak van het Hof te bestuderen.¹⁰⁴ Niettemin speelde het Hof wederom wel een grote rol in deze ontwikkeling. Om te beginnen kwam het via een doelgerichte interpretatie van het Verdrag in een serie arresten tot het oordeel dat verdragsbepalingen volgens het bekende principe van *implied powers* in sommige gevallen een instelling de bevoegdheid kunnen verlenen om tot bepaalde actie over te gaan, terwijl dat niet direct uit de tekst van de bepaling valt op te maken.¹⁰⁵ De *implied powers*-doctrine van het Hof heeft vooral resonantie gehad op het gebied van externe betrekkingen. Ten aanzien van interne kwesties heeft zij echter ook haar sporen achtergelaten. In beide gevallen is het belang van de doctrine dat hierdoor het attributiebeginsel wordt gerelativeerd.¹⁰⁶ Volgens dit principe, dat thans is neergelegd in artikel 5 EU en een cruciale rol speelt in de relatie met de lidstaten, heeft de Unie alleen die bevoegdheden die haar expliciet bij het Verdrag zijn toegekend.¹⁰⁷ Het wordt echter ondergraven als de grenzen, waarbinnen de Unie bij de uitoefening van haar bevoegdheden van het Verdrag moet blijven, aanzienlijk kunnen worden opgerekt.

Dat de aanwezigheid van grenzen aan de regelgevende bevoegdheid van de Unie betrekkelijk is, blijkt verder uit de wijze waarop in het verleden veelvuldig gebruik is gemaakt van het Europese equivalent van de befaamde Amerikaanse ‘necessary and proper clause’; nu artikel 352 VWEU en voorheen artikel 308 EG.¹⁰⁸ Deze bepaling stelt de Unie in staat haar bevoegdheden aan te vullen wanneer dat nodig blijkt om één van de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken en het Verdrag zelf niet in een daartoe vereiste bevoegdheid voorziet. Feitelijk is artikel 352 VWEU, dat ook wel de flexibiliteitsclausule genoemd, een codificatie van de *implied powers*-doctrine. In de rechtspraak van het Hof is de bepaling echter tot ontwikkeling gekomen als een vangnet dat praktisch in elke situatie kan worden uitgeweid. Het Hof heeft er door de jaren heen zodoende actief aan bijgedragen dat de ‘communitaire’ wetgever het bereik van het Europese recht soms tot zulke proporties uitbreidde dat het onmogelijk leek om een onderwerp te vinden dat niet tot één van de doelstellingen van het Verdrag kon worden teruggebracht.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Zie Weiler, ‘Transformation of Europe’, 2431-2453.

¹⁰⁵ Zaak 22/70, *Commissie v Raad (AETR)* [1971] ECR 263. Zie verder Weiler, ‘Transformation of Europe’, 2415-2417; Craig en De Búrca, *EU Law*, 90-93.

¹⁰⁶ Zie Eijsbouts e.a., *Europees Recht*, 18.

¹⁰⁷ In artikel 5 VEU wordt gesproken van het beginsel van bevoegdheidstoedeling.

¹⁰⁸ Craig en de Búrca, *EU Law*, 93-94. De ‘necessary and proper clause’ vindt men in artikel I lid 8 van de Amerikaanse federale constitutie.

¹⁰⁹ Zie Weiler, ‘The Transformation of Europe’, 2445-2446. Vgl. ter illustratie de bekende *Kadi*-zaak, waarin – toenmalig – artikel 308 EG met succes werd ingeroepen ter fundering van een verordening waarbij de tegoeden van een verdachte van terrorisme werden bevroren. Anders dan de huidige Verdragen met artikel 275 WVEU, kende het vorige verdragsregime de Unie geen bevoegdheid toe om zulke maatregelen jegens personen te treffen. Zie Gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P *Kadi en Al-Barakaat* [2008] ECR I-06351, r.o. 197-236. Eén van de weinige keren dat het Hof paal en perk stelde aan de reikwijdte van – toen – arti-

HOOFDSTUK 4

Op hetzelfde moment dat het Hof in zijn rechtspraak de fundamenteen legde voor het oprekken van de bevoegdheden van de EU, begon het, in een parallelle ontwikkeling die minstens evenveel constitutionele impact heeft gehad, ook de manier waarop deze bevoegdheden dienen te worden uitgeoefend in te kleuren. Over de aard van de aan de Unie toebedeelde bevoegdheden zei het Verdrag van Rome niets. Het was daarom geen onaannemelijke gedachte dat de Unie haar bevoegdheden deelde met de lidstaten, met het beginsel van voorrang als breekijzer ingeval zich een botsing voordeed. Het Hof koos echter voor een andere benadering. Allereerst plakte het op een aantal expliciet genoemde terreinen het label van exclusiviteit.¹¹⁰ Dit betekende dat de lidstaten op deze gebieden in het geheel niet meer bevoegd waren om eigenmachtig op te treden. Met betrekking tot beleidsterreinen die het niet *a priori* als exclusief aanmerkte, de overgrote meerderheid, bepaalde het Hof daarnaast dat deze door het Unierecht konden worden bezet, zodra de Unie hierop regelgeving tot stand bracht. Zulke beleidsterreinen liepen vervolgens langs wetgevende weg kans om feitelijk tot het exclusieve terrein van de Unie gemaakt te worden, hoewel de bevoegdheden die aan deze terreinen waren gekoppeld formeel als gedeeld te boek bleven staan.¹¹¹

De mate waarin van Unierecht bezettende werking uitgaat – lees: volledige harmonisatie of minimumharmonisatie van nationale wetgeving – is met de jaren afgenomen.¹¹² Op sommige gebieden, wederom voornamelijk dat van buitenlandse betrekkingen, kan het blokkeringseffect van Uniewetgeving niettemin nog altijd zeer sterk zijn. Het zou goed kunnen dat dit komt doordat het Hof er niet altijd op vertrouwt – of op heeft vertrouwd – dat de lidstaten zich op deze gebieden laten temmen door het voorrangsbeginsel. Los van de vraag of dat *a priori* of door wetgeving tot stand komt, leidt exclusiviteit er namelijk toe dat dit beginsel niet meer als conflictregel behoeft te worden ingezet.¹¹³ Sterker nog, in feite liggen het principe van bezetting en dat van voorrang zo bezien in het verlengde van elkaar. Dit is overigens niet anders dan wanneer op een terrein nog wel ruimte overblijft voor een lidstaat om op te treden. In dat geval is het principe van bezetting of, om de meer bekende Engelse term te gebruiken, *pre-*

kel 308 EG was in Advies 2/94 [1996] ECR I-1759, waarin het negatief oordeelde over de mogelijkheid om de bepaling als rechtsbasis te gebruiken voor de toetreding van de Gemeenschap tot het EVRM.

¹¹⁰ Dit gebeurde bijvoorbeeld ten aanzien van de gemeenschappelijk handelspolitiek en ten aanzien van visserijbeleid.

¹¹¹ Zie hierover Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 345-346, die ook benadrukt dat een bevoegdheid in zo'n situatie in juridische zin niet exclusief wordt. De Uniewetgever is bijvoorbeeld altijd bevoegd om een dergelijk bezet terrein weer (al dan niet gedeeltelijk) te 'ontzetten'.

¹¹² Zie uitgebreid Robert Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Nature of European Law* (Oxford: Oxford University Press 2009).

¹¹³ *Ibid.*, 186-189; 320-329. Zie ook Panos Koutrakos, *EU international relations law* (Oxford: Hart Publishing 2006) 84.

emption een onmisbaar mechanisme om te markeren *waar* precies het voor-rangsbeginsel zijn werking zal laten gevoelen.¹¹⁴

Met de komst van het Verdrag van Lissabon is er, in ieder geval in formele zin, het nodige veranderd ten aanzien van het vraagstuk van bevoegdheden. De kwestie vormde zelfs één van de belangrijkste drijfveren voor de totstandkoming van dit Verdrag.¹¹⁵ Wat betreft de aard van de bevoegdheden die aan de Unie zijn toebedeeld, heeft dit geresulteerd in een codificatie van de omvangrijke rechtspraak van het Hof op dit dossier.¹¹⁶ Gezien de complexiteit van deze rechtspraak zijn er van begin af aan echter veel vraagtekens gezet bij het succes van deze poging. Op het eerste gezicht is er meer veranderd met betrekking tot de daaraan voorafgaande vraag of een bepaalde bevoegdheid überhaupt aanwezig kan worden geacht. In het nieuwe Verdrag is een reeks van bevoegdheden opgenomen die onder het oude regime nog onbenoemd en daarmee ook impliciet bleef.¹¹⁷ De noodzaak om naar middelen te grijpen om leemten in de bevoegdheden van de EU op te vullen, is dus minder geworden.¹¹⁸

Tegelijkertijd kun je je wel afvragen of het realistisch is om te verwachten dat de Unie in de toekomst werkelijk op basis van een strikte afbakening van bevoegdheden zal functioneren. Zo laat het nieuwe Verdrag op sommige plekken nog bewust ruimte open voor een toevlucht tot de doctrine van *implied powers* en is ook de inrichting van de flexibiliteitsclausule niet wezenlijk veranderd. Fundamenteel is dat daarnaast de aard en opzet van de Verdragen zich tegen zo'n strikte afbakening lijken te verzetten.¹¹⁹ In dit verband moet in het bijzonder worden gedacht aan de dynamiek die inherent is aan de instelling van een interne markt. Het marktprincipe bezit het potentieel om in nagenoeg elk statelijk domein door te dringen; iets dat ten tijde van het oude verdragsregime zichtbaar was in het veelvuldige gebruik van artikel 95 EG, toen de centrale harmonisatiebepaling.¹²⁰ Daarbij heeft de specifieke opzet van de Verdragen tot

¹¹⁴ In de woorden van Schütze, 'Supremacy without Pre-emption?', 1033: 'Supremacy denotes the superior hierarchical status of the Community legal *order* over the national legal *orders* and thus gives Community law the *capacity* to pre-empt national law. The doctrine of pre-emption, on the other hand, denotes the *actual degree* to which national law will be set aside by Community legislation'.

¹¹⁵ Paul Craig, *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform* (Oxford: Oxford University Press 2010) 155-192.

¹¹⁶ Zie artikel 2-6 VWEU.

¹¹⁷ Zie e.g. artikel 194 lid 2 VWEU (energie); artikel 196 lid 2 (civiele bescherming).

¹¹⁸ Eijsbouts e.a., *Europees Recht*, 19; 216-217. Hierbij dient wel te worden aangetekend dat de uitbreiding en codificatie van bevoegdheden in de Verdragen op zichzelf allerminst nieuwe ontwikkelingen zijn. In zekere zin zijn de lidstaten hier al in 1986, met de aanname van de Europese Akte, mee begonnen en hebben zij dit vervolgens bij elke wijziging van de Verdragen herhaald.

¹¹⁹ Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 336-341.

¹²⁰ Artikel 114 VWEU, de opvolger van artikel 95 EG, is inhoudelijk nauwelijks veranderd. Op dit cruciale punt doet het VvL dan ook weinig om het afbakeningsprobleem aan te pakken.

HOOFDSTUK 4

gevolg dat de werkingssfeer van het Unierecht groter is dan de omvang van de bevoegdheden die de EU zijn toebedeeld; ook waar de lidstaten exclusief bevoegd zijn om op te treden zijn zij gehouden het integratieproces niet te verstoren.¹²¹

Overigens is het wel goed te begrijpen dat de kwestie van bevoegdheden het constitutionele debat in de Unie zo lang heeft weten te beheersen. Om te beginnen voelden de lidstaten op dit punt ongetwijfeld de hete adem van sommige nationale rechters, in het bijzonder het *Bundesverfassungsgericht*, in hun nek. Net als het vraagstuk van grondrechtenbescherming heeft de kwestie van bevoegdheden al lange tijd de bijzondere aandacht van deze rechters. Verder en mede in het verlengde hiervan kan worden gewezen op het feit dat het attributiebeginsel in de rechtspraak van het HvJ onlosmakelijk is verbonden met de staatsrechtelijke variant van het legaliteitsbeginsel. Op grond van dit laatste beginsel dient elke vorm van gezag dat in het kader van de EU wordt uitgeoefend terug te voeren te zijn op een hogere norm en mag het daar niet mee in strijd zijn. Hiermee wijkt de EU af van veel ‘gewone’ internationale organisaties, waar doorgaans geen strenge normenhiërarchie aanwezig is, maar politieke wenselijkheid de doorslag geeft en lidstaten, als dat opportuun wordt gevonden, buiten verdragsregels om besluiten kunnen nemen.¹²² Binnen het Unierecht daarentegen, zo verwoordten Von Bogdandy en Bast het treffend, vormt ‘consensus [...] not a valid argument in favour of legality.’¹²³ Het spreekt voor zich dat op deze manier ook het attributiebeginsel aan belang wint. Als elke handeling van de lidstaten in de Unie in overeenstemming moet zijn met primair Europees recht, wordt het belangrijk om na te gaan of zo’n handeling wel conform een juiste rechtsbasis tot stand is gekomen.

De sterke relatie die in het EU-recht bestaat tussen het attributiebeginsel en het legaliteitsbeginsel toont nogmaals aan hoezeer constitutionele concepten binnen de Unierechtsorde feitelijk als communicerende vaten met elkaar in verbinding staan en elkaar zelfs in hun bestaan bevestigen. Had de oorspronkelijke EEG zich ontpopt als ‘gewone’ internationale organisatie met beperkte be-

Vgl. Craig, *The Lisbon Treaty*, 188-189; Robert Schütze, *European Constitutional Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2012) 157-159.

¹²¹ Zie e.g. Zaak C-124/95, *Centro-Com* [1997] ECR I-00081. Vgl. verder Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 349; 353. Zie ook Miguel Poiares Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution* (Oxford: Hart Publishing 1997).

¹²² Zie e.g. Terhechte, ‘Der Vertrag von Lissabon’, 184-185.

¹²³ Zie Armin von Bogdandy en Jürgen Bast, ‘The Federal Order of Competences’, in: Von Bogdandy en Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 279. Het *rule of law*-vereiste heeft afgaande op de rechtspraak van het HvJ niet alleen gevolgen voor de beslissingsvrijheid van de EU-instellingen, maar ook voor die van de lidstaten. Als ‘*pouvoirs constitutants*’ van de EU vallen laatstgenoemden in beginsel buiten de reikwijdte van het Verdrag. Er wordt echter wel verkondigd dat het hun, behalve in het kader van de wijzigingsprocedure van artikel 48 VEU, niet is toegestaan om zaken die binnen het bereik van het Verdrag vallen, buiten de Unie om te regelen. Zie over deze kwestie *infra*, § 9.6.

voegdheden, dan was het waarschijnlijk niet nodig geweest om aan de uitoefening van deze bevoegdheden het vereiste van legaliteit te koppelen. In dat geval was de behoefte aan legitimatie van het optreden van de Unie namelijk aanzienlijk minder sterk geweest dan nu. En legitimatie is waar het in de kern om draait bij de nadruk die in het Europese recht wordt gelegd op het belang van het legaliteitsbeginsel. Tegelijkertijd legt deze weergave ook bloot dat *rule of law*-noties zoals het legaliteitsbeginsel en de bescherming van grondrechten in de context van het Unierecht niet louter bedoeld zijn om goede sier te maken. Integendeel, zoals in het volgende hoofdstuk nog uitvoeriger aan de orde komt, vormen zij veeleer een cruciaal onderdeel van de ‘overlevingsstrategie’ die met name door het Hof is ontvouwd om het uitdijende proces van Europese integratie op de rails en geloofwaardig te houden.¹²⁴

4.7 Conclusie

Bij de bespreking in dit hoofdstuk van de constitutionalisering van de Unie is vooral stilgestaan bij die concepten die van doorslaggevende betekenis zijn geweest bij de vestiging van het primaat van het Unierecht; dat wil zeggen, bij het feit dat Europese normen in alle lidstaten beschouwd worden als ‘law of the land’. Dit primaat, en de manier waarop het in eerste instantie constitutioneel is ingebed, vormen in de volgende hoofdstukken het vertrekpunt voor een meer conceptuele analyse van de grondslagen van de Europese rechtsorde. Wat betekent het precies dat de EU als constitutioneel wezen wordt beschouwd? Hoe valt deze kwalificatie eigenlijk te rechtvaardigen? Is dat nog steeds, zoals in de jaren

¹²⁴ Behalve aan het legaliteitsbeginsel en aan grondrechtenbescherming kan in dit verband ook nog gedacht worden aan het feit dat bevoegdheden binnen de EU worden uitgeoefend volgens een bepaald schema van machtenscheiding. In vergelijking met de doctrine van veel staten, lijkt het beginsel van machtenscheiding echter niet erg hoog op de constitutionele ladder te staan. Weliswaar kan binnen de EU, in het bijzonder het voormalige communautaire gedeelte, vrij eenvoudig een schema van bevoegdheidsverdeling naar functie onderscheiden worden, de manier waarop bevoegdheden over de primaire organen – Raad, Commissie, Parlement en Hof – zijn verdeeld vormt niet zozeer een neerslag van het machtenscheidingsbeginsel, als wel een uiting van institutioneel evenwicht. Een Europese ‘wetgever’ is bijvoorbeeld niet gemakkelijk aan te wijzen. Hoewel dit ook in de meeste staten niet het geval is – zeker in parlementaire stelsels – wijkt de institutionele structuur van de EU echter zodanig af van klassieke Trias-concepties dat meer nadruk wordt gelegd op andere constitutionele beginselen. Zie von Bogdandy, ‘Constitutional Principles’, 18-19. Vgl. verder Christine Reh, ‘The Lisbon Treaty: De-Constitutionalizing the European Union?’, 47 *Journal of Common Market Studies* (2009) 625-650. Interessant genoeg houdt het HvJ, omgekeerd, de lidstaten wel voor dat de functies wetgever, uitvoerder en rechter ‘worden uitgeoefend met inachtneming van het beginsel van de scheiding der machten dat kenmerkend is voor de werking van een rechtsstaat’. Zie C-279/09, *DEB* [2010] ECR I-13849, r.o. 58.

HOOFDSTUK 4

zestig, primair het verhaal van een gemeenschappelijke markt? Of is dit motief niet sterk genoeg meer om het constitutionele gewicht van de Unie te dragen? Kortom, waar in dit hoofdstuk een poging is gedaan om in kaart te brengen aan de hand van welke beginselen en thema's de Unie geleidelijk een constitutionele kleur heeft gekregen, is het de bedoeling hieronder greep te krijgen op de vraag hoe deze constitutionalisering moet worden geduid. Dan zal ook aandacht worden besteed aan constitutionele blikvangers die hierboven nog vrijwel onbesproken zijn gebleven, zoals het Unieburgerschap en de verplichting van de Unie om de constitutionele identiteit van de lidstaten te eerbiedigen.

Hoofdstuk 5

Europese constitutionele theorie

5.1 Inleiding

Toen het Europese integratieproject in 1950, met de bekende Schuman-Verklaring over de oprichting van een Europese kolen- en staalgemeenschap van start ging, werd die start omgeven door een mix van zakelijkheid en idealisme. Enerzijds proefde men in Schumans Verklaring het realisme en functionalisme van wat Van Middelaar later het ‘Europa van de Kantoren’ heeft genoemd:¹ ‘L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes, créant d'abord une solidarité de fait.’ Anderzijds was betrekkelijk helder dat dit kantorenvertoog in het teken stond van een groter, onderliggend ideaal. In ‘L'Europe ne se fera pas’ ligt de verwachting, of in ieder geval de wens besloten, dat Europa ooit één wordt; iets dat verderop in de Verklaring hardop wordt uitgesproken met de omschrijving van de kolen- en staalgemeenschap als ‘première étape de la Fédération européenne’.

Wat Schuman precies bedoelde met een Europese federatie, weten we niet. Vast staat, hoe dan ook, dat met het aanroepen van deze notie het erf van het constitutionele recht betreden wordt. ‘Federatie’ noemen, is spreken over constitutionalisme, democratie en gemeenschap, en deze begrippen luiden vervolgens onvermijdelijk de betrokkenheid van de staatsrechtjurist in.² Genoemd erf is niettemin lange tijd onbezocht gebleven. Het achterliggende ideaal van constitutionele eenheid verdween al snel na aanvang van het integratieproject naar de achtergrond. Zoals in het vorige hoofdstuk werd beschreven, kwam het daar pas weer geleidelijk vandaan naar aanleiding van enkele spectaculaire beslissingen van het Hof van Justitie in de jaren zestig van de vorige eeuw. Vandaag is er waarschijnlijk geen jurist meer te vinden die zal ontkennen dat de – inmiddels – Europese Unie in aanzienlijke mate is geconstitutionaliseerd. Directe werking, voorrang, grondrechten – allemaal zijn dit elementen van een typisch constitutioneel discours. Maar, zeker door de geleidelijke, verbrokkelde en lange tijd primair jurisprudentiegeleide wijze waarop dit discours tot stand kwam, is niet duidelijk wat het precies voorstelt.

¹ Van Middelaar, *De passage naar Europa*, 16-27. Vgl. ook Paul Craig, ‘The Nature of the Community: Integration, Democracy, and Legitimacy’, in: Craig en De Búrca, *The Evolution of EU Law*, 13-40.

² De term ‘federatie’ heeft niet altijd deze connotaties gehad. Zie *infra*, § 9.2.

HOOFDSTUK 5

Aanvankelijk werd over deze vraag niet breeduit gediscussieerd. De pennen die in beweging werden gebracht, bespraken thema's als directe werking en voorrang overwegend op een meer technisch dan uitgesproken constitutioneel-theoretisch niveau. Pas halverwege de jaren negentig krabbelden juristen op uit de 'dark ages of European constitutional theory'.³ Toen dat eenmaal gebeurde, hadden in eerste instantie vrij klassieke constitutievertogen de overhand. Wat in het Europese constitutionele debat als leidraad werd genomen, was een formeel constitutiebegrip. Na het echec van de Europese Grondwet is een ander constitutioneel narratief over Europese integratie uit de schaduw getreden: constitutioneel pluralisme, de in deze studie centraal gezette theorie die heterarchie in plaats van hiërarchie waarneemt en propageert, en sinds enige tijd de onbetwiste 'frontrunner' onder de juridische theorieën over Europa.

Dit hoofdstuk vertelt het verhaal van de opkomst van constitutioneel pluralisme. Aan de hand van belangrijke theoretici op dit vlak zoals Joseph Weiler en Miguel Maduro wordt geprobeerd te ontrafelen hoe een klimaat kon ontstaan waarin hiërarchie, lange tijd een vanzelfsprekende eigenschap van het recht, als *passé* werd beschouwd en tegelijkertijd de wat zelfgenoegzame *sui generis*-vertogen terzijde werden geschoven. Het hoofdstuk sluit af met een overzicht van de drie voornaamste categorieën van constitutioneel pluralisme. Deze categorieën zullen later in dit boek een voor een getoetst worden op hun conformiteit met het leerstuk van soevereiniteit, zoals dat beschreven werd in vooral hoofdstuk twee.

5.2 Constitutioneel handvest

In het vorige hoofdstuk werd beschreven hoe het steeds normaler is geworden om ten aanzien van de Europese Verdragen en het integratieproces de termen 'constitutie' en 'constitutionalisme' te gebruiken. Wil men een goed beeld krijgen van de aard van de EU, dan kan echter niet worden volstaan met de enkele constatering dat zij gaandeweg constitutionele kenmerken verkregen heeft. De waarde van de predikaten constitutie en constitutionalisme is op deze manier namelijk alleen *descriptief* van aard. De eerste opgave in het huidige hoofdstuk daarom is om uit te weiden over de vraag welke conclusies in *normatief* opzicht aan het gebruik van beide begrippen mogen worden verbonden. Dit is geen gemakkelijke opgave, omdat de noties constitutie en constitutionalisme notoir moeilijk te definiëren zijn.⁴

³ Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, 3.

⁴ Zie e.g. C.M. Zoethout, *Constitutionalisme: Een vergelijkend onderzoek naar het beperken van overheidsmacht door het recht*, diss. Erasmus Universiteit Rotterdam (Arnhem: Gouda Quint 1995); J. Raz, 'On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminary

De jurisprudentie van het Hof zelf biedt op dit punt geen eenduidig beeld, maar levert wel enkele interessante aanknopingspunten op. In *Les Verts*, de zaak waarin Luxemburg halverwege de jaren tachtig het Verdrag voor het eerst als constitutioneel betitelde, was de vraag aan de orde of het mogelijk was een besluit van het Europees Parlement aan te vechten onder een voorloper van artikel 263 WEU, de beroepsprocedure tegen handelingen van instellingen van de Unie.⁵ Indertijd stond onder deze bepaling alleen beroep open tegen handelingen van de Commissie en de Raad. Volgens het Hof kon dit, gezien het stadium waarin de Gemeenschap inmiddels verkeerde en de ontwikkeling die het EP had doorgemaakt, niet meer door de beugel. Het overwoog dat de EEG ‘een rechtsgemeenschap is in die zin, dat noch haar Lid-Staten noch haar instellingen ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het *constitutionele handvest* waarop de Gemeenschap is gegrond, namelijk het Verdrag.’⁶ Bepalende factor voor het Hof om de Gemeenschap in constitutionele termen te duiden, was dus kennelijk de overweging dat zij gegrondvest is op de *rule of law*, waar de mogelijkheid van rechterlijke toetsing als essentieel element van werd gezien.

De tweede keer dat het HvJ omstandig naar het Verdrag als constitutioneel handvest verwees, vond plaats in Advies 1/91, dat over de toelaatbaarheid van de totstandkoming van een rechterlijke instantie onder de Europese Economische Ruimte (EER) handelde.⁷ Omdat het akkoord waarbij de EER werd opgericht een klassiek internationaal verdrag vormde, was de opzet hiervan volgens het HvJ onverenigbaar met het karakter van het EEG-Verdrag. Anders dan in *Les Verts*, ging het de Luxemburgse rechter nu niet zozeer om het karakter van de EG als rechtsgemeenschap te benadrukken, maar gebruikte hij het begrip constitutioneel handvest om de aard van het communautaire construct in meer

ies’, in: L. Alexander (red.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge: Cambridge University Press 1998) 152-193; Martin Nettesheim, ‘EU-Recht und nationales Verfassungsrecht’, in: Jürgen Schwarze en Peter-Christian Müller-Graff (red.), *XX. FIDE-Kongress: Die Deutschen Landesberichte* (Baden-Baden: Nomos 2004) 4-17; Amaryllis Verhoeven, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory* (Den Haag: Kluwer International Law 2002) 15-20; Sionaidh Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union* (Harlow: Pearson 2002) 515-518; Maduro, ‘The importance of being called a constitution’, 332-334; Mattias Kumm, ‘Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics: Why Europe has a Constitution properly so called’, 54 *American Journal of Comparative Law* (2006) 505, 507-509; Elena Simina Tanasescu, ‘Between a Treaty with Constitutional Authority and the Authority of a Constitution’, VII Congres IACL, Athene 2007, www.enelsyn.gr/en/workshops/workshop4%28en%29.htm; Besselink, ‘The Notion and Nature of the European Constitution after the Reform Treaty’; Reh, ‘The Lisbon Treaty’; Amtenbrink en Van den Berg, *The Constitutional Integrity of the European Union*.

⁵ Toenmalig artikel 173 EEG. Zaak 294/83, *Les Verts* [1986] ECR 1339. Zie echter ook Advies 1/76 [1977] ECR 741.

⁶ *Les Verts*, r.o. 23. Cursivering van mij.

⁷ Advies 1/91 (EEA) [1991] ECR I-6079.

HOOFDSTUK 5

omvattende zin mee te beschrijven.⁸ Wat het Verdrag constitutioneel maakte, was in Advies 1/91 niet de opvatting in enge zin dat Gemeenschapshandelingen dienen te voldoen aan eisen van rechtsstatelijkheid, maar het feit dat met het Verdrag een autonome rechtsorde in het leven is geroepen ‘ten bate waarvan de Lid-Staten hun soevereine rechten hebben begrensd en waarvan niet slechts de Staten, maar ook hun onderdanen de rechtssubjecten zijn’ – de *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*-doctrine derhalve.⁹

Na Advies 1/91 heeft het HvJ zijn constitutionele retoriek een tijd lang niet expliciet herhaald.¹⁰ Deze stilte heeft het doorbroken in het *Kadi*-arrest, waarin het draaide om grondrechtenbescherming en, in het verlengde daarvan, om de afbakening van de Unie ten opzichte van de internationale rechtsorde.¹¹ Belangrijkste vraag die opgeworpen werd, was of het Hof gerechtigd was een communautaire verordening die tot stand was gekomen op basis van een resolutie van de Veiligheidsraad, te toetsen aan fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht. Ter beantwoording van deze vraag refereerde het HvJ zowel aan *Les Verts* als aan Advies 1/91. In de eerste plaats herinnerde het eraan dat de EG ‘een rechtsgemeenschap is in die zin dat noch haar lidstaten noch haar instellingen ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het constitutionele basishandvest dat in het EG-Verdrag is belichaamd.’¹² In de tweede plaats overwoog het dat ‘een internationale overeenkomst geen inbreuk (mag) maken op de in de Verdragen vastgestelde bevoegdheidsregeling en dus op de autonomie van het communautaire rechtssysteem waarvan het Hof (...) de eerbiediging verzekert’.¹³ Hoewel de term constitutioneel handvest ook in *Kadi* niet wordt gehanteerd in relatie tot de lidstaten, vormt de uitspraak zodoende een krachtige herbevestiging van de door het Hof voorgestane zienswijze dat de Verdragen een constitutioneel karakter hebben. Niet alleen omdat zij de belichaming van een rechtsgemeenschap vormen, maar ook vanwege de autonomie van het Unierecht.¹⁴

⁸ Zie Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, 410-411.

⁹ Advies 1/91 (EEA).

¹⁰ Zie Zaak C-314/91, *Weber* [1993] ECR I-1093; Advies 2/00 (*Cartegena*) [2001] ECR I-9713, r.o. 5; Zaak C-15/00, *Commissie v Europese Investeringsbank*, [2003] ECR I-7281, r.o. 75. Zie voorafgaand aan Advies 1/91 nog Zaak C-2/88, *Zwartveld* [1990] ECR I-3365. Wel is het Verdrag na Advies 1/91 nog diverse malen in constitutionele termen geduid door verschillende A-G's. En ook het Gerecht heeft nog enkele keren een duit in het zakje gedaan. Zie resp. e.g. Conclusie A-G Colomer in Zaak C-303/05, *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633; Zaak T-115/94, *Opel Austria* [1997] II-00039.

¹¹ Gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, *Kadi Al Barakaat* [2008] ECR I-06351, r.o. 281 en 285.

¹² *Kadi*, r.o. 281.

¹³ *Ibid.*, r.o. 282.

¹⁴ Vgl. Jan Willem van Rossem, ‘The EU at Crossroads: A Constitutional Inquiry into the way International Law is received within the EU Legal Order’, in: Enzo Cannizzaro, Paolo Palchetti en Ramses A. Wessel, *International Law as Law of the European Union* (Leiden en Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2011) 63-64.

Het Europese constitutiebegrip dat uit de rechtspraak van het HvJ naar voren komt, laat twee gezichten zien, welke in normatieve intensiteit en als bron van legitimatie van elkaar verschillen. Waar de Verdragen als constitutioneel handvest gekarakteriseerd worden omdat zij de uitdrukking van een rechtsgemeenschap vormen, heeft de notie een minder sterke betekenis dan waar de Verdragen als constitutioneel handvest worden getypeerd vanwege het meer omvattende belang dat zij dienen als grondslag van een autonome rechtsorde. Dit verschil in betekenis komt in grote lijnen overeen met de verschillende opvattingen die over de noties constitutionalisme en constitutie in de literatuur te vinden zijn.¹⁵ Ook daar wordt over het algemeen de mening onderschreven dat, wanneer de begrippen in enge zin worden verstaan, zij vooral op rechtsstatelijkheid betrekking hebben. Hoewel bij de termen constitutionalisme en constitutie vanzelfsprekend in de eerste plaats wordt gedacht aan statelijke verbanden, is er, wanneer de begrippen in een ‘dunne’ normatieve context worden gehanteerd, geen reden om aan te nemen dat hun dekkingsbereik niet kan worden uitgebreid tot een non-statelijke entiteit als de EU. En gezien het grote gezag dat aan de Verdragen toekomt, dan wel als instrument van rechtsbescherming dan wel als institutioneel orderingsinstrument, kost het ook weinig moeite om vast te stellen dat de Unie aan criteria voldoet die haar claim een ‘Community of law’ te zijn in beginsel volkomen rechtvaardigen.¹⁶

Lastiger wordt het op het moment dat de noties een sterkere normatieve betekenis wordt toegedicht en zij, behalve bij het stellen van eisen met betrekking tot onderwerping aan het recht, ook aanknopen bij democratische theorieën. De vraag wordt dan in hoeverre de uitoefening van gezag correspondeert met een onderliggend politiek proces.¹⁷ Dit is in het geval van de Unie een omstreden kwestie. Dat de EU bepaalde aanspraken kan laten gelden in politiek-democratische zin is onmiskenbaar. Hoewel nationale politiek onveranderd belangrijk blijft voor haar functioneren, bestaat er zonder meer zoiets als een Europees politiek proces. Besluitvorming binnen de Unie wordt bovendien deels op een Europese manier democratisch gelegitimeerd.¹⁸ Maar is dit ook voldoende om het constitutionele handvest waar het Hof over rept, in een normatief

¹⁵ *Supra*, vn. 4.

¹⁶ Laurent Pech, ‘A Union Founded on the Rule of Law’, 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 362.

¹⁷ Zie Walker, ‘The Idea of Constitutional Pluralism’, 340: ‘The notions of constitution and constitutionalism, however else we may dispute their meaning, are unarguably bound up with, indeed provide the normative vocabulary for, the mutual articulation of law and politics.’

¹⁸ Democratische legitimatie vindt in de meeste gevallen plaats op een directe manier via deelname aan het besluitvormingsproces door het Europees Parlement en in alle gevallen op een meer indirecte wijze via de rol in dit proces van de Raad, waarvan de leden verantwoording moeten afleggen aan hun nationale parlementen. De Commissie tot slot staat in een politieke verantwoordingsrelatie tot het EP. Zie verder Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie*, 4-5; Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 701-704.

HOOFDSTUK 5

kader te plaatsen dat meer omvat dan alleen rechtsstatelijkheid? Kan je bijvoorbeeld spreken van een Europese politieke gemeenschap?

Wat deze kwestie zo beladen maakt, is dat in beginsel elke poging om de EU in constitutionele termen te duiden op enig moment aanloopt tegen een vergelijking met de entiteit waar de begrippen sinds de Amerikaanse en Franse Revoluties onlosmakelijk mee verbonden zijn: de natiestaat.¹⁹ Vreemd is dat niet. Aangezien de EU zich wat betreft haar aard nadrukkelijk onderscheidt van gewone internationale organisaties, ligt het voor de hand dat zij qua begripsvorming met de staat vergeleken wordt. De vraag is in hoeverre hier consequenties aan verbonden zijn.²⁰ Mag de EU traditioneel statelijke beginselen in bruikleen nemen en zich tegelijkertijd loswaken van sommige normatieve vereisten die daar gewoonlijk aan vast zitten? Of is hier sprake van een ‘package deal’, en zal de Unie ook daadwerkelijk tot een staat moeten transformeren om volwaardig van dergelijke begrippen gebruik te kunnen maken?

5.3 Formele constitutie

De hierboven geschetste problematiek is lange tijd vooral op een formele manier benaderd. Onder invloed van theorieën waarin de integrerende kracht van constituties werd aangeprezen, was de vraag die de discussie over de aard van de Unie domineerde, of deze diende te beschikken over een *grondwet* – een constitutie met een grote letter ‘C’.²¹ Resultaat van dit debat was de totstandkoming in

¹⁹ Dieter Grimm, ‘Does Europe Need a Constitution?’, 1 *European Law Journal* (1995) 282, 284-285, wijst erop dat het gebruik van het begrip constitutie weliswaar veel verder teruggaat dan het einde van de 18^e eeuw, maar dat dit voor die tijd in de vorm was gegoten van een empirisch concept. *Constitutio* had volgens Grimm betrekking op de staat van een land; op diens territoriale, demografische en historische kenmerken. Indien normatief gebruikt, zag de term toe op specifieke regelingen die door de overheid waren uitgevaardigd, niet op een regeling over regeren zelf. Voor zover de laatste al bestonden, dan droegen zij de naam *leges fundamentales*. Zie van dezelfde auteur tevens, ‘Ursprung und Wandel der Verfassung’, 11-15.

²⁰ Vgl. e.g. Grimm, ‘Does Europe Need a Constitution?’, Craig, ‘Constitutions, Constitutionalism, and the European Union’, Claes, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*, 661-663.

²¹ Een belangrijke naam die met deze theorieën is verbonden, is die van Jürgen Habermas. Vgl. ook Jan-Werner Müller, ‘A European Constitutional Patriotism? The Case Restated’, 14 *European Law Journal* (2008) 542. Zie voorts Miguel Poiares Maduro, ‘Where To Look For Legitimacy?’, in: Catherine Moury and Louís de Sousa (red.), *Institutional Challenges in Post Constitutional Europe: Governing Change* (London: Routledge 2009); Reh, ‘The Lisbon Treaty’, 4-8; Rik Peters, ‘History Decides? Lessons from the Constitutional Debates in the Frankfurt Parliament of 1848’, in: Amtenbrink en Van den Berg, *The Constitutional Integrity of the European Union*, 56-57. Kritisch: Grimm, ‘Does Europe Need a Constitution?’.

2004 van de Europese Grondwet.²² Hoewel weinig mensen expliciet de claim voor Europese staatsvorming op tafel hebben gelegd,²³ werd hierbij nadrukkelijk aansluiting gezocht bij conventionele concepties over de vorming van staten. Tekenend in dit verband is dat in aanloop naar de vervaardiging van het GV werd gesproken van een Europese Conventie.²⁴ Hiermee leek de suggestie te worden gewekt dat het GV de juridische vertaling zou zijn van de wil van een onafhankelijke, Europese politieke gemeenschap. Zoals eerder naar voren kwam, valt deze idee terug te voeren op klassieke, achttiende-eeuwse inzichten, volgens welke een ware constitutie het product is van een constituerende handeling door een soeverein volk dat zich hierdoor in positiefrechtelijke zin tot gemeenschap verheft. Parallellen met bijvoorbeeld de Amerikaanse Constitutionele Conventie van 1787 in Philadelphia en de Franse Nationale Vergadering van 1789 lagen rond de instelling van de Europese Conventie dan ook voor het oprapen.²⁵

Anders dan haar beroemde voorgangers, was de Europese Conventie echter niet het gremium dat formele verantwoordelijkheid droeg voor de vervaardiging van de Europese Grondwet. Ondanks het voorvoegsel 'Grondwettelijk', was het GV in technisch opzicht in de eerste plaats een verdrag. Het kwam tot stand op een Intergouvernementele conferentie (IGC), door ondertekening van de regeringsleiders van de verschillende lidstaten.²⁶ In het dialectische perspectief van de relatie tussen norm en feit dat in het tweede hoofdstuk werd geschetst, is dit evenwel niet *per se* noodlottig voor de vraag of het label constitutie al dan niet een normatief karakter toekomt dat meer dan rechtsgemeenschap betekent. Of een politieke gemeenschap werkelijk via een *Big Bang* staatsrechtelijk vorm kan krijgen, is kwestieus. Verder wordt twijfel over de noodlottigheid van grondwetgeving via het sluiten van een verdrag gevoed door de geschiedenis. Zo is, formeel althans, bijvoorbeeld in de periode 1866/1871 de Duitse staat door een verdrag ontstaan.²⁷ De basis hiervoor, valt in de preambule van de

²² 'Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa', 16 december 2004, PB C 310.

²³ Een bekend voorbeeld is de beroemde speech van de toenmalige Duitse minister van Buitenlandse zaken Joschka Fischer op 12 mei 2000 aan de Berlijnse Humboldt Universiteit: 'Vom Staatenverbund zur Föderation - Gedanken über die Finalität der europäischen Integration', FCE-Spezial 2/2000, www.whi-berlin.de/fischer.htm. Zie daarnaast G. Federico Mancini, 'Europe: The Case for Statehood', 4 *European Law Journal* (1998) 29-42.

²⁴ Zie R. Barents, *Een Grondwet voor Europa: Achtergronden en commentaar* (Deventer: Kluwer 2005).

²⁵ Zie e.g. Michel Rosenfeld, 'The European Convention and Constitution Making in Philadelphia', 1 *International Journal of Constitutional Law* (2003) 373.

²⁶ Het verdrag werd ondertekend op 29 oktober 2004 tijdens de IGC conferentie in Rome.

²⁷ Zie e.g. Maurer, 'Entstehung und Grundlagen der Reichsverfassung von 1871'; Ernst Rudolf Huber, 'Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung', in: Isensee en Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, 129-176. Over de vraag wanneer de Duitse staat precies is ontstaan, bestaat overigens onduidelijkheid. Sommige commentatoren menen dat dit het geval was bij de sluiting van de Noord-Duitse

HOOFDSTUK 5

Reichsverfassung van 1871 te lezen, was niet een constituerende handeling van een soeverein Duits volk,²⁸ maar een *Verfassungsvertrag*, een volkenrechtelijk besluit van de verschillende Duitse vorstendommen en vrije steden om onder de banier van een keizerrijk op te gaan in één groter geheel.

Had het GV, als het in werking was getreden, kunnen worden beschouwd als een formele constitutie naar het voorbeeld van de Duitse *Reichsverfassung* van 1871? Er waren zonder meer gelijkenissen geweest. Zulke inhoudelijke overeenkomsten, zoals een bepaling die de voorrang van Unierecht boven nationaal recht vastlegde en daarmee *Costa/ENEL* ten langen leste vaste grond onder de voeten gaf,²⁹ hebben echter niet direct voorspellende waarde wat betreft de vraag of de Europese Grondwet zijn belofte van stichtingsakte had ingelost – misschien wel het belangrijkste element van de notie van een *Verfassungsvertrag*. In het geval van Bismarcks *Reichsverfassung* is deze opzet bijzonder goed geslaagd. Al snel na haar inwerkingtreding in 1871, stelden de meeste staatsrechtgeleerden zich onomwonden op het standpunt dat de *Reichsverfassung* een breekpunt in de Duitse geschiedenis vormde – het moment dat een losse *Staatenbund* veranderde in een met sterk centraal gezag beklede *Bundesstaat*.³⁰ Vandaag wordt vrij algemeen aangenomen dat dit inderdaad is wat er gebeurd is. Het is echter belangrijk om erop te wijzen dat deze voorstelling van zaken deels een wijsheid *achteraf* vormt. Hoewel staatsrechtgeleerden destijds zeker ook sterke constitutionele argumenten aandroegen voor hun pleidooi dat met de *Reichsverfassung* de soevereiniteit was overgegaan van de delen naar het geheel, bedreven zij ook politiek.³¹ Een politiek die er op gericht was om uit te gummen, of althans een *modus operandi* te vinden voor het feit, dat er in werkelijkheid een voor de jurist moeilijk te ontwarren compromis aan de grondwet ten grond-

Bond in 1866, anderen dat zulks het geval was met de stichting van het Keizerrijk in 1871. Zie bovenstaande auteurs voor de verschillende gezichtspunten.

²⁸ Hierbij moet wel worden aangetekend dat deze lezing van de gebeurtenissen in de periode 1866/1871 vrij formalistisch van aard is. Niet alleen was de ‘Deutsche Nation’ destijds in *politieke* zin reeds langere tijd een feit, ook in *constitutionele* zin bestond zij volgens sommige Duitse auteurs al wel degelijk. Zo stelt Huber, ‘Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung’, 136-138, dat de *Reichsverfassung* van 1871 in werkelijkheid het product was van een compromis tussen vorsten en volk, en niet van soevereine vorsten alleen. Huber verwijst ter ondersteuning van deze these onder meer naar het feit dat de Rijksdag actief betrokken was bij de totstandkoming van de *Reichsverfassung*. Dit zou een veelbetekend verschil kunnen zijn met de situatie in de EU. Daar is de figuur van Unieburger immers vooralsnog vooral een juridisch gegeven en speelt de belangrijkste vertolker van de Europese ‘volkswil’, het EP, in het proces van ‘constitutievorming’ – d.w.z. de verdragswijzigingsprocedure – geen constitutieve rol. Vgl. ook Schmitt, *Verfassungslehre*, 56-57.

²⁹ Zie resp. artikel 2 RV 1871 en artikel I-6 GV.

³⁰ Hierbij kan vooral gedacht worden aan Paul Laband (1838-1918). Diens ‘*Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*’ geldt als een standaardwerk over deze periode van het Duitse constitutionele recht. Een tegenstem was afkomstig van Max von Seydel (1846-1901). Zie hierover Duchateau, *Het Europees Parlement als transnationale volksvertegenwoordiging*, 231-234.

³¹ Zie Oeter, ‘Federalism and Democracy’. Vgl. ook reeds Schmitt *Verfassungslehre*, 366.

slag had gelegen; iets dat de term *Verfassungsvertrag* alleen al goed duidelijk maakt.

Het zal altijd een vraagteken blijven welke katalyserende werking was uitgegaan van de Europese Grondwet. Het lijkt aannemelijk om te veronderstellen dat het niet zo'n vaart zou hebben gelopen; het regime van het GV had op papier namelijk niet veel veranderd aan de stevige grip van de lidstaten op het integratieproces. Het feit dat de Europese Grondwet uiteindelijk ten onder ging, vormt echter een bewijs dat lang niet iedereen hier gerust op was. Door de symboliek die aan het etiket 'Grondwet' kleefde, kwam het debat over de toekomst van de EU in een spoor terecht, welke zich in de publieke opinie versmalde tot de vraagstelling wel of geen 'Europese superstaat'.³² En die vraag bleek bijvoorbeeld in Nederland uitermate gevoelig te liggen.³³ Het zou te gemakkelijk zijn om deze gevoeligheid als onwetendheid weg te zetten. Wat het project dat door Conventie-voorzitter Giscard d'Estaing in gang werd gezet fataal is geworden, lijkt, in ieder geval wat Nederland betreft, niet zozeer een tekort aan informatie onder burgers of een gebrek aan inzet van de politiek te zijn, als wel diens DNA. Of dat in het geval van de Europese Grondwet nou wel of niet objectief valt te rechtvaardigen, een formeel proces van constitutievorming roept simpelweg te veel associaties op met (natie)staatsvorming. Het drijft kwesties op de spits die in het geval van de Unie blijkbaar voorlopig beter enigszins verborgen kunnen blijven.

Deze boodschap werd goed begrepen door de lidstaten toen zij, geconfronteerd met de politieke puinhopen die het mislukte Grondwetsproject achterliet, aan de slag gingen met het Hervormingsverdrag. Inhoudelijk verschilt dit verdrag niet veel van de Europese Grondwet. Qua toon zijn de lidstaten met het VvL echter weer teruggekeerd op een pad dat in essentie pragmatisch van aard is. Typerend in dit verband is dat de oude Verdragen met Lissabon niet werden ingetrokken, zoals met het GV het geval geweest zou zijn, maar slechts werden gewijzigd.³⁴ Verder valt op dat diverse declaratoire bepalingen die het symbolische, formele karakter van het GV accentueerden, zoals bepalingen over een Europese vlag en een Europees volkslied, in het VvL zijn komen te vervallen.³⁵

³² Denk in Nederland aan de retoriek waarmee anti-establishment partijen als de Groep Wilders, de voorloper van de PVV, en de SP het GV bestreden.

³³ Zie specifiek over het Nederlandse 'nee': Leonard F.M. Besselink, 'Double Dutch: The Referendum on the European Constitution', 12 *European Public Law* (2006) 345-351.

³⁴ Formeel luidt de naam van het huidige verdrag: 'Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap', 13 december 2007, PB C 306. Zie verder Reh, 'The Lisbon Treaty', 10-11.

³⁵ Artikel I-8 GV. Dit gebeurde met name op instigatie van Nederland. Veel lidstaten voelden hier echter weinig voor. Vandaar dat aan het VvL Verklaring nr. 52 is gehecht, waarin 16 lidstaten duidelijk maken dat 'de vlag met een cirkel van twaalf gouden sterren op een blauw veld, de hymne uit de „Ode aan de Vreugde” uit de negende symfonie van Ludwig van Beethoven, het devies „In verscheidenheid verenigd”, de euro als munt van de Europese Unie en

HOOFDSTUK 5

De formele benaderingswijze is met de verwerping van het GV zelfs zover naar de achtergrond verdrongen dat regeringsleiders voorafgaand aan de ontmoeting die tot het Verdrag van Lissabon leidde, een verklaring aannamen waarin viel te lezen dat het nieuwe verdrag geen grondwettelijk karakter zou hebben.³⁶ Zo'n uitspraak is, evenals bepalingen over een vlag en volkslied waren geweest, vooral symbolisch van aard. Niettemin maakt de verklaring wel duidelijk dat de wijze waarop de Unie zich uiterlijk presenteert van wezenlijk belang wordt geacht voor het functioneren van Europese samenwerking.³⁷

Behalve bij politici, slonk ook bij veel academici na het echec van de Europese Grondwet het geloof in de heilzame werking van grondwetten.³⁸ Kleren, zo werd de teneur, maken niet altijd de man. En was de hypothese die aan de Grondwet ten grondslag lag niet helemaal verkeerd? Hadden de Verdragen immers niet reeds een constitutioneel karakter?³⁹ Sterker nog, leidt de wens om een formeel constitutiebegrip te hanteren, juist vanwege het beeld van een 'superstaat' dat hierdoor opgeroepen wordt, niet alleen maar af van het unieke en eigen karakter van Europese integratie?⁴⁰ Anders dan om naar het voorbeeld van Duitsland te zijn voorbestemd om te eindigen als *Bundesstaat*, zou de EU volgens dit argument veeleer een vehikel vormen waarmee afstand kan worden genomen van de op eenheid en exclusiviteit gerichte tendenties van de staat. Zulke tendenties zouden namelijk niet langer van deze tijd zijn.⁴¹

Hier kan nog het meer historisch geïnspireerde betoog aan worden toegevoegd dat een statelijke ontwikkeling van de EU volledig haaks staat op de ratio

de „Dag van Europa” op 9 mei voor hen de symbolen blijven van het gemeenschappelijk lidmaatschap van de burgers van de Europese Unie en van hun band met de Unie”.

³⁶ Mandaat IGC 2007, Brussel, 26 juni 2007 (OR.en) 11218/07, Annex, 3.

³⁷ Vgl. Reh, 'The Lisbon Treaty', 27-28, die erop wijst dat waar in het pre-Laken-tijdperk grondwettelijk taalgebruik nog werd ontweken, dit na het echec van het GV nadrukkelijk wordt afgewezen. Vgl. ook het aan de Nederlandse regering door de Raad van State uitgebrachte advies omtrent de noodzaak een nieuw referendum te houden. Hierin nam de Raad van State, overigens op niet erg overtuigende gronden, het standpunt van de regering over dat voor de ratificatie van het VvL geen nieuw referendum nodig was, nu deze in tegenstelling tot het GV geen grondwettelijk karakter meer had. RvS 20 december 2007, W04.07.0406/1/B (*Referendum Hervormingsverdrag*).

³⁸ Vgl. Neil Walker, 'A Constitutional Reckoning', 13 *Constellations* (2006) 140.

³⁹ Zie Pernice, 'The Treaty of Lisbon', 19-20. Vgl. ook J.H.H. Weiler, 'Editorial: Marking the Anniversary of the Universal Declaration: The Irish No and the Lisbon Treaty', 19 *European Journal of International Law* (2008) 647, 650.

⁴⁰ Zie e.g. J.H.H. Weiler, 'In defence of the status quo: Europe's constitutional *Sonderweg*', in: Weiler en Wind, *European Constitutionalism Beyond the State*, 15-23; Andrew Moravcsik, 'Europe without illusions: A Category Error', *Prospect* 23 juli 2005, www.prospect-magazine.co.uk/magazine/europewithoutillusions/; Kirchhof, 'The Balance of Powers Between National and European Institutions', 228-230; Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie*; Karl-Heinz Ladeur, '“We, the European People...”-Relâche?', 14 *European Law Journal* (2008) 147-167.

⁴¹ Zie e.g. Terhechte, 'Der Vertrag von Lissabon', 181-182.

achter Europese integratie.⁴² Het communautaire model, zo kan deze redenering worden samengevat, is ontstaan als alternatief voor een wereldbeeld waarin staten de primaire organisatievorm vormen. En dit alternatief, dat een functionalistische benadering als achtergrond heeft, laat zich moeilijk op een formeel-constitutionele manier vangen.⁴³ Daar komt bij dat eerdere pogingen om het integratieproces van een intrinsiek politieke grondslag te voorzien – in het bijzonder de oprichting van een Europese Politieke Gemeenschap (EPG) in 1954 – ofwel zijn mislukt ofwel op een teleurstelling zijn uitgelopen.⁴⁴ De lidstaten hadden hun lesje dus al geleerd kunnen hebben.

5.4 Materiële constitutie

Ter karakterisering van het unieke en eigen karakter van de Unie zijn in de loop der jaren vele omschrijvingen de revue gepasseerd. In algemene zin wordt vaak teruggegrepen op het etiket *sui generis*. Deze kwalificatie is echter weinig bevredigend. Feitelijk drukt zij alleen maar uit dat de EU iets anders is dan een staat en een gewone internationale organisatie. Verder is het al sinds het prille begin van Europese integratie gangbaar om eerst de Gemeenschap en nu de Unie aan te duiden als een *supranationale* organisatie. Dit predicaat heeft duidelijk

⁴² In de woorden van Weiler, 'The Transformation of Europe', 2481: 'It would be more than ironic if a polity with its political process set up to counter the excesses of statism ended up coming round full circle and transforming itself into a (super) state. It would be equally ironic that an ethos that rejected the nationalism of the Member States gave birth to a new European nation and European nationalism. The problem with the unity vision is that its very realization entails its negation.'

⁴³ In dit beeld past ook dat men tot aan het GV altijd zeer terughoudend heeft gestaan tegenover de gedachte om de jurisprudentie van het Hof op het punt van voorrang om te zetten in concrete normen. Want hoewel deze notie misschien essentieel is voor het integratieproces, lijkt het niet eenvoudig om haar in te vullen zonder te ontsnappen aan de gecompliceerde vraag waardoor het handelen van de EU eigenlijk wordt gelegitimeerd. Zie voorts over deze problematiek Theodor Schilling, 'The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations', 37 *Harvard International Law Journal* (1996) 389, 390-398.

⁴⁴ De oprichting van de EPG zou het sluitstuk zijn van een daarvoor op te richten Europese Defensie Gemeenschap (EDG). Toen het verdrag dat deze laatste gemeenschap vaste voet aan de grond moest geven in 1954, naar verluidt naar aanleiding van de dood, kort daarvoor, van Sovjet-leider Joseph Stalin, in de Franse Senaat sneuvelde – onder aanhef door Franse afgevaardigden van de Marseillaise – was het ook meteen met de EPG gedaan. Behalve aan de EPG zou in dit verband verder nog aan het Verdrag van Maastricht in 1991 gedacht kunnen worden. Hoewel de uitkomst daar achteraf misschien niet naar was, leek het Nederlandse voorzitterschap aanvankelijk wel aan te sturen op een soort van Europese federatie. Zie De Búrca, 'The EU on the Road from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty', 34-37. Zie beeldend over het mislukken van de EDG en de EPG: Van Middelaar, *De passage naar Europa*, 204-214.

HOOFDSTUK 5

meer inhoud dan het etiket *sui generis*. Toch slaagt ook het begrip ‘supranationaal’ er niet (meer) voldoende in om een passend antwoord te geven op de uitdagingen waar de Unie in constitutionele zin voor staat. Dit heeft vooral te maken met het feit dat de notie een residu is uit een tijd waarin het integratieproces nog hoofdzakelijk in functionalistische termen werd verklaard.⁴⁵ En deze benadering lijkt inmiddels een gepasseerd station.

Een meer eigentijdse manier om het conceptuele dilemma waar de Unie de jurist voor stelt te lijf te gaan, is als gezegd om haar in te passen in een narratief dat constitutioneel pluralisme als uitgangspunt neemt. Volgens deze theorie, die je in verschillende normatieve gradaties tegenkomt, vormt de EU samen met de lidstaten een constitutioneel verband dat niet, zoals meestal het geval is met formele constitutieschema's, is gegrond op hiërarchie maar op een pluralisme van rechtsbronnen. Wat precies onder constitutioneel pluralisme moet worden verstaan, zal hieronder uitgebreid worden besproken. Hier volstaat de opmerking dat binnen deze stroming het *materiële* constitutionele karakter van de Unie voorop staat. Dit betekent niet dat met constitutioneel pluralisme afscheid wordt genomen van de claim dat de EU ook in een politiek-democratische context bepaalde normatieve aanspraken kan laten gelden. Het verschil met een formele benadering van de problematiek ligt vooral besloten in het feit dat de aanwezigheid van een *grondwet* niet noodzakelijk wordt geacht om over een ‘echte’ constitutie te kunnen beschikken.

De stelregel dat het ontbreken van een constitutie in formele zin een volwaardige constitutie in enkel materiële zin niet uitsluit, is uiteraard niet nieuw.⁴⁶ Het Verenigd Koninkrijk laat al eeuwen zien dat een ordening ook zonder een afgemeten juridisch dak prima in staat is een politieke gemeenschap te huisvesten. Voor de mate van normativiteit die aan het constitutionele kader van de Unie kan worden toegedicht, maakt de afwezigheid van een Europese Grondwet dus in beginsel niets uit. Verder verdient het opmerking dat het feit dat een enti-

⁴⁵ De notie ‘supranationaal’ maakte opgang na het einde van de Tweede Wereldoorlog, een periode waarin politici op zoek gingen naar nieuwe vormen van internationale samenwerking. Aanvankelijk belandde de term zelfs in de EGKS- en EDG Verdragen – ter karakterisering van de Hoge Autoriteit. Nadat het EDG op grond van ‘anti-federale’ sentimenten in Frankrijk verworpen werd, keerde hij echter niet meer terug in het Verdrag van Rome. In 1966, toen de Hoge Autoriteit opging in de Europese Commissie, verdween de notie ‘supranationaal’ uiteindelijk geheel uit het positieve recht. Desondanks wordt het begrip vandaag de dag nog altijd veelvuldig met de Commissie in verband gebracht. Sterker nog, de betekenis van de term lijkt er tegenwoordig juist in te liggen dat zo een onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds de instellingen die het ‘Europese belang’ in de gaten houden – behalve de Commissie, het Parlement en het Hof – en anderzijds de instellingen waar de lidstaten in zijn vertegenwoordigd – de Raad en de Europese Raad. Zie uitgebreid over de notie ‘supranationaal’: Barents, *De communautaire rechtsorde*, hfdst. 2.

⁴⁶ Evenals het *mutatis mutandis* natuurlijk ook zo is dat de aanwezigheid van een *geschreven* constitutie niet in alle gevallen wijst op het bestaan van een volwaardige staat. Denk in dit verband aan de deelstaten in de VS en Duitsland die allen over een grondwet beschikken, maar in ieder geval naar internationaal recht niet als echte staten te beschouwen zijn.

teit uitsluitend over een materiële constitutie beschikt, niet meebrengt dat hier enkel ongeschreven constitutionele normen en beginselen deel van uitmaken. In het geval van de EU is eerder het tegenovergestelde waar. Aan codificatie van constitutioneel recht bestaat binnen de Unie namelijk geen gebrek. Waarin de EU verschilt van entiteiten die beschikken over een formele constitutie – lees: staten – is dat Europees constitutioneel recht niet kan putten uit één primaire bron, een grondwet, maar herleidbaar is tot meerdere geschreven en ongeschreven normen en beginselen – verdragsbepalingen, protocollen, additionele overeenkomsten, jurisprudentie – die in de loop der jaren geleidelijk zijn aangegroeid. Kenmerkend aan de constitutie van de EU lijkt zo gezien dat zij, net als haar Britse equivalent, niet het product is van een *revolutionair* rechtsmoment, maar het resultaat vormt van een *evolutionaire* ontwikkeling.⁴⁷

Uit welke normen en beginselen bestaat de materiële constitutie van de EU? Aangezien de constitutionnalité van EU-recht binnen zo'n benadering niet afhankelijk is van de wijze waarop het tot stand is gekomen, is het niet eenvoudig om hierachter te komen. Wie niet al te ingewikkeld wilt doen, zoekt zijn toevlucht tot het Amerikaanse adagium 'I know it when I see it'.⁴⁸ Zo zal voor iedereen duidelijk zijn dat de constitutionele status is weggelegd voor in de rechtspraak van het HvJ ontwikkelde beginselen als directe werking en voorrang. Wat het primaire recht van de Unie betreft, kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de waarden en doelstellingen die aan de EU ten grondslag liggen (artikel 2 en 3 VEU), het loyaliteitsbeginsel (artikel 4 VEU), bepalingen over grondrechten of bepalingen die grondrechten neerleggen (artikel 6 en 7 VEU, het Handvest van de grondrechten), voorschriften over het democratisch functioneren van de EU (Titel II EU), institutionele bepalingen (Titel III VEU), regels inzake bevoegdheden (artikel 5 VEU, Titel I VWEU), en een categorie van bepalingen omtrent de wijziging van de Verdragen en het lidmaatschap van de Unie (Titel VI VEU).

Opvallend hieraan is dat bijna al deze voorschriften terug te vinden zijn in het EU-Verdrag. Onder het oude verdragsregime waren bepalingen met een constitutioneel karakter namelijk nog kriskras verspreid over zowel het EG- als het EU-Verdrag.⁴⁹ Hoewel het VvL anders dan het GV geen geïntegreerd geheel vormt, is de nieuwe ordening dus veel minder een constitutie van 'bits and pie-

⁴⁷ Zie in deze zin Besselink, 'The Notion and Nature of the European Constitution after the Reform Treaty', 3-4.

⁴⁸ Deze uitdrukking werd lange tijd in de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court gebruikt om een grens te trekken waar obsceniteit niet meer beschermd werd door het Eerste Amendement, dat de vrijheid van meningsuiting garandeert. Zij is afkomstig van de pen van Justice Potter Stewart in de zaak *Jacobellis v Ohio*, 378 U.S. 184 (1964) Stewart J. concurring.

⁴⁹ Het derde primaire Europese verdrag, het EURATOM-Verdrag, dat ook onder het Lissabon-regime een onafhankelijk bestaan zal leiden, wordt hier buiten beschouwing gelaten.

HOOFDSTUK 5

ces’⁵⁰ dan het regime dat sinds het Verdrag van Maastricht van kracht was.⁵¹ Toch zijn er ook in het Werkingsverdrag nog voldoende bepalingen neergelegd die volgens gangbare opvattingen voor het predicaat ‘constitutioneel’ in aanmerking komen.⁵² Echt veel houvast biedt de specifieke plaats van een voorschrift in de Verdragen dan ook niet.

De bezweringsformule ‘I know it when I see it’ zal niet iedereen overtuigen. In de literatuur over dit onderwerp kom je verder wel de suggestie tegen om het constitutionele Unierecht te ordenen aan de hand van algemene beginselen, een ook in het nationale staatsrecht beproefde methode.⁵³ De gedachte achter zo’n exercitie is dat op deze manier de fundamenteen worden gelegd voor een constitutionele infrastructuur, die zichtbaar maakt dat concrete verdragsnormen in feite deel uitmaken van een organisch geheel. Dit zou weer een positieve uitwerking kunnen hebben op de constitutionele ‘identiteit’ van de EU. Aan de hand van algemene beginselen zou namelijk kunnen worden geëtaleerd wat de Unie, dat wil zeggen lidstaten en burgers, in fundamenteel opzicht verbindt. En passant zou hiermee ook de angel uit het betoog worden gehaald dat constituties formeel gevormd moeten worden om integrerend te werken.

Om te achterhalen wat de algemene beginselen van de Unie zijn, ligt het voor de hand om aansluiting te zoeken bij artikel 2 VEU, waarin de waarden waarop de Unie berust, zijn neergelegd.⁵⁴ Deze bepaling luidt voluit:

‘De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die ge-

⁵⁰ De vaak aangehaalde frase constitutie van ‘bits and pieces’ is afkomstig van Deirdre Curtin, ‘The Constitutional Structure of the Union: a Europe of Bits and Pieces’, 30 *Common Market Law Review* (1993) 17-69, die hiermee uitdrukking gaf aan haar teleurstelling over het geïntegreerde constitutionele construct dat met Maastricht tot stand was gekomen.

⁵¹ Dit wordt nog versterkt doordat met het Lissabon-Verdrag afscheid is genomen van het onderscheid tussen Gemeenschap en Unie, en daarmee formeel ook van de pijlerstructuur die als ondersteuning van dit onderscheid dient. De Gemeenschap is verdwenen; als ‘constitutioneel’ kader is onder het VvL alleen de Unie overgebleven. Bij deze opmerking is overigens wel een belangrijke kanttekening op zijn plaats. Het ‘communautaire’ model zal ook onder het VvL niet op alle beleidsterreinen worden toegepast. Het Europese buitenlandse beleid blijft, ondanks het feit dat het wordt ondergebracht in een unitaire structuur, grotendeels uitgezonderd van ‘communautaire’ integratie. Dit in tegenstelling tot de strafrechtelijke, die, op enkele uitzonderingen na, onder het VvL wel volledig wordt gecommunautariseerd.

⁵² Denk bijvoorbeeld aan regels over het Unieburgerschap (Tweede Deel VWEU), verdragsluiting (Titel V, Vijfde Deel VWEU) en het budgetrecht (Titel II, Zesde Deel VWEU).

⁵³ Zie in het bijzonder Armin von Bogdandy, ‘Founding Principles’, in: Von Bogdandy en Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 11-54. Vgl. verder Francis Snyder, ‘The unfinished constitution of the European Union: principles, processes and culture’, in: Weiler en Wind, *European Constitutionalism Beyond the State*, 60-62; Reh, ‘The Lisbon Treaty’.

⁵⁴ Zie in deze zin ook het Hof in *Kadi*, r.o. 303.

kenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.’

Artikel 2 VEU is het resultaat van een lange ontwikkeling. Beginselen als vrijheid, gelijkheid, rechtsstatelijkheid en grondrechten vormen, zoals in het eerste deel van dit hoofdstuk werd besproken, al decennia lang vaste bestanddelen van de jurisprudentie van het Hof. Ook het idee dat het handelen van de Unie democratisch moet zijn gelegitimeerd, kan buigen op een lange voorgeschiedenis.⁵⁵ Dat de kernwaarden waarop de Unie steunt ook in deze vorm hun gang naar de Verdragen hebben gevonden, is echter iets van recentere datum. Baanbrekend in dit opzicht was de sluiting in 1997 van het Verdrag van Amsterdam (VvA).⁵⁶ Daarin werd voor het eerst een bepaling opgenomen – het oude artikel 6 VEU – die de fundamentele beginselen van de Unie op een min of meer zelfstandige manier codificeerde. Voor die tijd kwamen zij slechts indirect of met betrekking tot specifieke doeleinden aan de orde.⁵⁷ Zelfs in het Verdrag van Maastricht, ondanks alles toch een ambitieuze poging om het integratieproject opnieuw te definiëren, werd nauwelijks op een geïntegreerde manier gesproken over de kernwaarden van de EU.⁵⁸

Dat het zo lang heeft geduurd totdat de fundamentele algemene beginselen in het positieve recht van de Unie werden opgenomen, komt door de functionaristische benadering van het integratieproces waar bij de oprichting van de EEG in 1957 voor gekozen werd. Als gevolg hiervan kreeg het communautaire bouwwerk geleidelijk aan vorm en werden vraagstukken met betrekking tot de fundering en de legitimatie van de Gemeenschap door de lidstaten aanvankelijk zo veel mogelijk uit de weg gegaan. Hierdoor is het niet eenvoudig een principiële lijn in de doctrine van het Unierecht te ontdekken waar haar leidende constitutionele beginselen aan kunnen worden opgehangen. Toen constitutionele leer-

⁵⁵ Denk hierbij aan de manier waarop het EP vanaf het begin van de jaren zeventig geleidelijk aan betekenis heeft gewonnen, zowel wat betreft diens omvorming tot rechtstreeks gekozen lichaam als op het punt van bevoegdheidsuitbreiding. Ook het HvJ ontwikkelt democratie vanaf het begin van de jaren '80 geleidelijk als communautair rechtsbegrip. Zie o.a. Zaak 138/79, *Roquette Frères (Isoglucose)* [1980] ECR 3333, r.o. 33; Zaak C-300/89, *Commissie v Raad (Titaniumdioxiderichtlijn)* [1991] ECR I-2867, r.o. 20. Vergeleken met de aandacht die commentatoren al decennia achtereen voor rechtsstatelijkheid hebben, is de focus op democratische legitimatie overigens wel betrekkelijk nieuw. Zie Von Bogdandy, 'Founding Principles', 47-53.

⁵⁶ 10 november 1997, PB C 340.

⁵⁷ Zie e.g. artikel 12 EG, thans artikel 18 VWEU, waarin het voor de Unie zo cruciale discriminatieverbod op grond van nationaliteit was neergelegd.

⁵⁸ Het VvM heeft het weliswaar over democratie, maar doet dit, in artikel F lid 1, alleen met betrekking tot de politieke stelsels van de lidstaten; niet als grondslag van de Unie. Ook grondrechten en vrijheid komen niet als zelfstandige begrippen aan de orde; artikel F lid 2 noemt deze slechts in verband met het EVRM en de constitutionele traditie van de lidstaten. Veelzeggend is verder dat de akte waarbij in 1976 rechtstreekse verkiezingen voor het EP werden ingevoerd, met geen woord over democratie repte.

HOOFDSTUK 5

stukken eenmaal hun intrede deden in het Unierecht, gebeurde dit, zoals in het vorige hoofdstuk al naar voren kwam, op een *ad hoc* manier – in een proces dat enerzijds door activisme en anderzijds door rechtvaardiging van dit activisme werd gekenmerkt. De constitutie die aldus gestalte kreeg, had als gevolg hiervan veel weg van een stoplap. Rechtstatelijke noties werden binnengehaald om de gaten op te vullen die in de vezels van de Unie waren ontstaan doordat deze door eerdere constitutionele ‘machtsgrepen’ uit het jasje van gewone internationale organisatie was gegroeid.

De wijze waarop constitutionele leerstukken hun intrede in het Unierecht hebben gedaan, verdient misschien niet de schoonheidsprijs. Dit hoeft echter geen probleem te zijn. Een stapsgewijze opeenstapeling van normen en beginselen, zo kan worden betoogd, is inherent aan een materiële constitutie. Bovendien beschikt de Unie nu met artikel 2 VEU over een bepaling waarmee duidelijk wordt uitgedrukt dat zij in inhoudelijk opzicht als een democratische rechtsstaat moet worden beschouwd.⁵⁹ Wat wel een beetje boven de markt blijft hangen, is de vraag in hoeverre de beginselen die zijn opgenomen in artikel 2 VEU corresponderen met de constitutionele werkelijkheid. Is de democratie die in artikel 2 VEU genoemd wordt bijvoorbeeld ook een democratie waar de burgers van de Unie zich in herkennen? En is de vrijheid waarvan in dezelfde bepaling gewag wordt gemaakt sterk genoeg om ingrijpende doctrines als die van autonomie, directe werking en voorrang op te vangen? In essentie manifesteert zich hier dezelfde moeilijkheid waardoor ook formele constitutieprocessen kunnen worden getroffen. Je kunt in verdragsbepalingen, protocollen en rechtspraak wel met hoogdravende principes komen aanzetten, zolang deze principes niet tot op zekere hoogte genesteld zijn in een onderliggend bewustzijn, bestaat de kans dat het bij een papieren werkelijkheid blijft. De taal van een constitutie aannemen is één ding, of deze taal ook ergens door gedragen wordt, vormt echter een andere kwestie.⁶⁰

Met deze kanttekening is niet gezegd dat een benadering die het constitutionele recht van de Unie aan de hand van beginselen in kaart wil brengen geen zin heeft. Zo’n aanpak zal echter wel verder moeten gaan dan alleen een focus op hoe de constitutie van de EU er *in concreto* uitziet. Joseph Weiler, een pionier op het terrein van het Europese constitutionele recht, heeft in dit verband ooit eens treffend geschreven dat, in tegenstelling tot wat vaak wordt gezegd,⁶¹ de problematiek van de Unie er niet één is van ‘constitutionalism without a consti-

⁵⁹ Zie CONV 528/03, 6 februari 2003. Zie ook Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 179.

⁶⁰ Vgl. Ian Ward, ‘Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination’, 7 *European Law Journal* (2001) 24.

⁶¹ S. Griller en J. Ziller (red.), *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* (Wenen: Springer Verlag 2008); Ingolf Pernice en Evgeni Tanev (red.), *Ceci n’est pas une Constitution - Constitutionalisation without a Constitution?* (Baden-Baden: Nomos 2009).

tution, but of a constitution without constitutionalism'.⁶² Wat de Unie volgens Weiler miste, was niet een constitutie, maar een 'ethos and *telos*' om de constitutionele ordening te rechtvaardigen die over de jaren tot stand was gekomen.⁶³ Hoewel Weiler deze woorden schreef op een moment dat het constitutionele debat over de Unie nog maar net op gang was gekomen, lijkt dit nog steeds een relevant punt. In een variatie op het eerder al genoemde predikaat *rechtsgemeenschap*, wordt vaak gezegd dat de EU een *waardengemeenschap* vormt. Hierin, zo zou kunnen worden betoogd, schuilt ook haar kracht. Zij staart zich niet blind op met het fenomeen natiestaat verknoopte noties als volk en soevereiniteit, maar probeert deze te vertalen in meer eigentijdse liberale kernbeginselen die elk op hun beurt het unieke karakter van Europese samenwerking markeren.⁶⁴ Maar slaagt deze vertaling ook? Gaat er, met andere woorden, voldoende verklarende werking van uit wat betreft de vraag hoe de Unie in de praktijk functioneert en zich verhoudt tot het recht van de lidstaten?

5.5 Constitutie zonder constitutionalisme?

Om de paradox van een constitutie zonder constitutionalisme te ontrafelen, is het, zoals hierboven al duidelijk werd, nodig om bij de oorspronkelijke functionalistische opzet van het Verdrag van Rome te beginnen.⁶⁵ Deze keuze werd ingegeven door het succes van de zes jaar eerder opgerichte EGKS en het mislukken van de EPG. Zij hield in dat men afstapte van de gedachte dat staten de enige actoren waren die op het internationale toneel iets konden bereiken. Door bevoegdheden op specifieke gebieden over te hevelen naar een supranationaal niveau en toe te vertrouwen aan technocratische instituties, konden grensoverstijgende beslissingen worden genomen zonder dat de politiek om de hoek kwam kijken, zo was de overtuiging van de *founding fathers* van de Gemeenschap.⁶⁶ De oplossing voor vreedzame samenwerking tussen staten – want dat was kort na de Tweede Wereldoorlog de primaire prikkel voor de onderlinge toenadering – werd zodoende niet meer, zoals in het verleden, gezocht in het apart houden van staten, maar in een fusie van statelijke beleidsterreinen. Centraal idee achter de functionalistische aanpak van de jaren vijftig was het con-

⁶² Weiler, 'European Neo-constitutionalism', 518.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Zie Snyder, 'The unfinished constitution of the European Union', 62.

⁶⁵ Zie Craig, 'The Nature of the Community', 3-7; Craig en De Búrca, *EU Law*, 1-3.

⁶⁶ Zie Ulrich Everling, 'The European Union as a Federal Association of States and Citizens', in: Von Bogdandy en Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 705-706, voor een nuancerend van dit depolitiseringsperspectief.

HOOFDSTUK 5

cept van ‘spillover’.⁶⁷ Dit betekende dat men ervan uitging dat wanneer eenmaal een begin was gemaakt met de integratie van een beperkt aantal beleidsterreinen, andere gebieden vanzelf zouden volgen. Zo zou de Gemeenschap zich als een olievlek over de lidstaten uitbreiden.

Met horten en stoten is dit in grote lijnen ook inderdaad wat er gebeurd is.⁶⁸ Na de instelling van een douane-unie werd het nodig ook andere barrières die de interne markt in de weg stonden te slechten, en op economische integratie volgde weer integratie op andere gebieden, zoals volksgezondheid en milieu. Wel heeft de olievlek-theorie door de eurocrisis een knauw gekregen. In menig opzicht blijken de landen van de Unie minder met elkaar geïntegreerd dan wel werd verondersteld. Door de invoering van de euro en het slechten van grenzen op gebieden als dienstenverkeer en kapitaal is er zoveel scheefgroei gekomen wat betreft de concurrentiekracht van landen, dat economieën op het continent verder van elkaar af zijn komen te staan. Evengoed toont dezelfde crisis, met name binnen de eurozone, uiteraard ook dat de lidstaten zeer nauw verweven met elkaar zijn geraakt, bijvoorbeeld in het verkeer tussen banken.

Ondanks het succes van het concept van ‘spillover’, bleek al snel dat de functionalistische benadering niet over de gehele breedte stand kon houden. Speelde volgens plan aanvankelijk nog de Commissie, het primaire supranationale orgaan, de voortrekkersrol, gaandeweg de jaren zestig werd deze overgenomen door de Raad van ministers, het orgaan waarin de lidstaten zijn vertegenwoordigd. Op politiek niveau maakte functionalisme derhalve plaats voor intergouvernementalisme. Cruciaal in dit verband was dat met name aan Franse zijde, waar in 1959 Charles de Gaulle als President van de Republiek was agetreden, het enthousiasme voor de communautaire methode al na enkele jaren zienderogen bekoelde.⁶⁹ Europa, benadrukte de voormalige verzetsheld in 1962, was in de eerste plaats een Europa van de staten; een op bureaucratische grondslag ingestelde Commissie moest niet teveel noten op haar zang hebben.

Frappant genoeg werd ook rond dezelfde tijd in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* door het Hof het constitutionaliseringsproces van de Gemeenschap in gang gezet. Lange tijd was het gangbaar om dit toe te schrijven aan het bekoelde enthousiasme aan politieke zijde. Het Hof, luidde deze verklaring, trok de Gemeenschap uit het moeras op het moment dat zij daarin kopje onder dreigde te gaan.⁷⁰ In een zeer invloedrijke bijdrage aan het Europese debat heeft Weiler

⁶⁷ Craig, ‘The Nature of the Community’, 14-15.

⁶⁸ Zie algemeen Gareth Davies, *European Union Internal Market Law* (Londen: Cavendish Publishing 2003).

⁶⁹ Van Middelaar, *De Passage naar Europa*, 86-91.

⁷⁰ Zie e.g. Federico Mancini, ‘The Making of a Constitution for Europe’, 24 *Common Market Law Review* (1989) 595. Recent historisch onderzoek toont evenwel aan dat dit relaas, dat vrij kritiekloos in het canon van de Europese constitutionele geschiedenis is opgenomen, een tikkeltje ongenueanceerd is. Zie e.g. Morten Rasmussen, ‘From *Costa v ENEL* to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution’, in: Maduro en Azoulai, *The Past and Future of EU Law*, 69-85.

echter betoogd dat, omgekeerd, de spectaculaire ontwikkelingen in de rechtspraak van het HvJ er tegelijkertijd voor zorgden dat de lidstaten in politiek opzicht de functionalistische aanpak in deze periode juist goeddeels aan de kant schuiven.⁷¹ Meest dramatisch in dit verband is het optreden van Frankrijk, dat op last van President de Gaulle in 1965 protesteerde tegen de op sommige gebieden voorgenomen overstap naar meerderheidsbesluitvorming en enkele maanden overging tot een boycot van Raadsvergaderingen. Hieraan kwam pas een einde toen de lidstaten in 1966, in het Luxemburgse Akkoord, officieus besloten het vereiste van unanimité niet te zullen laten vallen. Hoewel deze gebeurtenis misschien niet in een direct verband tot *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* staat, maakt de constitutionalisering die zich in deze uitspraken voltrok volgens Weiler wel verklaarbaar waarom de lidstaten de teugels in deze periode weer of nog strakker naar zich toe trekken. Indamming van supranationaal gezag op een politiek niveau en verschuiving van het communautaire zwaartepunt naar de Raad, stelt Weiler, ‘constituted the conditions that allowed the Member States to digest and accept the process of constitutionalization.’⁷² Hadden de lidstaten geen vetorecht gehad, zo vervolgt hij, dan was het onwaarschijnlijk geweest dat zij ooit ingestemd hadden met de diepe ingrepen in de jurisprudentie van het Hof.

Weilers these werpt een interessant licht op de specifieke wijze waarop de materiële constitutie van de EU zich gevormd heeft en heeft kunnen vormen. Zij laat zien dat recht en politiek in het wordingsproces van de Unie op een ongebruikelijke manier met elkaar zijn verbonden. Ongebruikelijk, omdat verreikende juridische integratie lange tijd gepaard is gegaan met een intergouvernementeel politiek proces, dat als weinig doortastend ervaren werd. Inmiddels komt dit beeld niet meer overeen met de werkelijkheid. Weliswaar is met de Europese Raad nog steeds een belangrijk intergouvernementeel element in de architectuur van de Unie ingebouwd, in de Raad vindt besluitvorming veelal plaats via stemming bij gekwalificeerde meerderheid, of althans in de schaduw hiervan. En ondanks alle strubbelingen waardoor het integratieproces, met name in de laatste jaren, wordt gekenmerkt, is de Unie ook al lang niet meer het logge monster dat mensen in de jaren zeventig en begin jaren tachtig deed verzuchten of het ooit nog wat werd met de droom van Schuman en Monnet.

Toch lijkt het met de wijsheid van achteraf verdedigbaar om te stellen dat het constitutionele dilemma waar de EU vandaag mee te kampen heeft, is terug te voeren op de bijzondere balans die in de beginperiode geslagen werd tussen recht en politiek. Hierdoor ontstond namelijk een dynamiek die later, toen het intergouvernementeel georiënteerde politieke proces dat *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* verteerbaar had gemaakt op zijn retour raakte, in toenemende mate

⁷¹ Weiler, ‘The Transformation of Europe’, 2423-2431. Zie van dezelfde auteur eerder ook: ‘The Community System: the Dual Character of Supranationality’, 1 *Yearbook of European Law* (1981) 267.

⁷² Ibid., 2428-2429.

HOOFDSTUK 5

een discrepantie aan het licht zou brengen tussen enerzijds de claim op *normatieve* autoriteit van de Unie over de lidstaten en anderzijds het ontbreken van een geloofwaardige claim op *constitutionele* autoriteit.⁷³ Aanvankelijk was deze discrepantie nog niet goed zichtbaar of zelfs aanwezig. Lidstaten hadden ieder voor zich een beslissende stem in het communautaire besluitvormingsproces en konden zo de machtsgrepen van het Hof over de boeg van de nationale democratie legitimeren. Daar waar de claim op normatieve autoriteit, die in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* op tafel werd gelegd, toch voor ongewenste effecten zorgde – bijvoorbeeld in de sfeer van individuele rechtsbescherming – kon zij worden opgevangen door een beperkte, veelal door het Hof zelf ontwikkelde vorm van constitutionalisme. Dit constitutionalisme was, zoals eerder al naar voren kwam, echter defensief van aard en strekte zich in de eerste decennia van het integratieproces niet uit tot het politieke bedrijf. In de woorden van Miguel Poiares Maduro, voormalig Advocaat-Generaal bij het HvJ en evenals Weiler een invloedrijk deelnemer aan het constitutionele debat over de Unie:

‘In the process of European integration, constitutionalism as the prevailing form of power followed the claim of normative authority and not vice versa. It was thus a constitutionalism instrumental to and limited by that claim of normative authority. The constitutional supremacy of EC rules, therefore, did not reflect (...) the assumption of a constitutional authority in the sense of a *pouvoir constituant*, that is, the power of a polity to define its own destiny.’⁷⁴

Na verloop van tijd, zo legt Maduro uit, kwam deze beperkte vorm van Europees constitutionalisme echter onder druk te staan. Vanwege een accentverschuiving in het besluitvormingsproces van de nationale naar de Europese arena, kreeg de door het Hof geformuleerde claim op normatieve autoriteit op termijn namelijk ook een duidelijk politiek karakter.⁷⁵ Dit was op haar beurt het gevolg van een proces dat Maduro ‘Europeanization’ noemt; een proces dat zoals eerder is beschreven in de jaren zeventig begon met een expansief gebruik van communautaire bevoegdheden.⁷⁶ Door deze ontwikkeling raakte de bevoegdheidsverdeling tussen Gemeenschap en lidstaten aan erosie onderhevig en wist de

⁷³ Maduro, ‘The importance of being called a constitution’. Zie van dezelfde auteur in dit verband tevens: ‘How Constitutional Can the European Union Be? The Tension Between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union’, in: J.H.H. Weiler en Christopher L. Eisgruber, *Almeuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper 5/04, beschikbaar op www.jeanmonnetprogram.org.

⁷⁴ Ibid., 337. Niet voor niets, zo licht Maduro toe, kwam constitutionalisme als legitimatie-instrument voornamelijk bovendrijven op momenten dat specifieke supranationale maatregelen in het geding waren of dat individuele lidstaten zich, al dan niet via rechterlijke organen, aan communautaire afspraken dreigden te onttrekken. Wetgevende besluiten van de Raad, ten aanzien waarvan een gebrek aan legitimatie geen rol speelde, bleven veelal buiten schot. Zie Maduro, ‘How Constitutional Can the European Union Be?’, 5-6, i.h.b. vn. 10.

⁷⁵ Ibid., 337-340.

⁷⁶ Zie *supra*, § 4.6.

eerste zich op een vrij geruisloze manier te ontwikkelen tot een platform waarop in relatieve vrijheid, dat wil zeggen niet gehinderd door beperkingen die het Verdrag stelde, politieke beslissingen genomen konden worden. Deze erosie, tot slot, viel samen met en werd versterkt door een voortschrijdende *negatieve* integratie van de lidstaten, die zich voltrok volgens het principe van marktwerking dat besloten ligt in de vier vrijheden en werd aangewakkerd door het Hof in uitspraken als *Dassonville* en *Cassis de Dijon*.⁷⁷

Zolang de lidstaten nog met een veto op de rem konden trappen, rezen tegen dit alles weinig bezwaren – sterker nog, dit vetorecht verklaart waarschijnlijk zelfs waarom deze processen überhaupt konden plaatsvinden.⁷⁸ Midden jaren tachtig kwam het Luxemburgse Akkoord echter *de facto* op de helling te staan.⁷⁹ Verantwoordelijk hiervoor was de totstandkoming in 1986 van de Europese Akte (EA), waarin om uiteenlopende redenen eindelijk op veel terreinen serieus van besluitvorming in de Raad via stemming bij meerderheid werk gemaakt werd.⁸⁰ Dit had grote consequenties voor de innerlijke dynamiek van het integratieproces. Want hoewel de lidstaten in laatste instantie aan het roer bleven staan van de Gemeenschap – ook onder de EA hadden zij in de verdragswijzigings-procedure het laatste woord – konden zij binnen de Raad nadien individueel buitenspel worden gezet. En, zoals door alweer Weiler kernachtig is geformuleerd: ‘Constitutionalism with a veto and without a veto are two very different games.’⁸¹

Met de komst van de EA veranderde het integratiedebat langzaam van toon en karakter. Het door een mengeling van functionalisme en nationale democratie gestutte beperkte constitutionalisme dat in de eerste decennia van het bestaan van de EU tot ontwikkeling kwam, was altijd vooral een aangelegenheid van rechters geweest. Nu deze vorm van constitutionalisme als gevolg van veranderde besluitvormingsprocedures en nieuwe communautaire bevoegdheden haar uiterste houdbaarheidsdatum bereikt bleek te hebben, besloten de lidstaten

⁷⁷ Resp. Zaak 8/74, *Dassonville* [1974] ECR 837; Zaak 120/78, *Cassis de Dijon* [1979] ECR 649.

⁷⁸ Zie Weiler, ‘The Transformation of Europe’, 2449-2450.

⁷⁹ Of het Akkoord van Luxemburg echt helemaal uit de boeken is verdwenen, is onderwerp van discussie. Zie Van Middelaar, *De passage naar Europa*, 113-116, die twee situaties na 1987 noemt waarin het Akkoord nog wel door een lidstaat werd ingeroepen.

⁸⁰ Craig en de Búrca, *EU Law*, 10-11, 586-588, laten in hun standaardwerk over Europees recht ter verklaring van deze integratiestap twee thesen de revue passeren. De één houdt het op een combinatie tussen assertief optreden van de Commissie, de teloorgang van traditioneel links in de Europese politiek als gevolg van veranderde internationale economische omstandigheden waardoor meer ruimte kwam voor vrije marktdenken, en tot slot een soufflerend bedrijfsleven. De andere these benadrukt het belang van ‘power politics’ in deze periode tussen enerzijds Frankrijk en Duitsland en anderzijds Groot-Brittannië in combinatie met het samenvallen van economische beleidsvoorkeuren in deze landen.

⁸¹ J.H.H. Weiler, ‘Epilogue – The European Courts of Justice: Beyond ‘Beyond Doctrine’ or the Legitimacy Crisis of European Constitutionalism’, in: Slaughter, Stone Sweet en Weiler, *The European Court and National Courts*, 368.

HOOFDSTUK 5

echter het initiatief op dit punt naar zich toe te trekken; iets dat nog eens extra *momentum* kreeg door de kritische nationale jurisprudentie die enkele jaren later naar aanleiding van het Verdrag van Maastricht tot stand kwam. De vruchten van deze verhoogde activiteit, de verschillende IGC's die na de EA bijeen werden geroepen om het integratieproces steviger in de steigers te zetten, lieten soms een wrange nasmaak achter. Niettemin maakten deze bijeenkomsten wel duidelijk dat het thema van constitutionele legitimatie – in het bijzonder dat van *democratische* legitimatie – vanaf het einde van de jaren tachtig een vast plekje op de agenda heeft gekregen.⁸²

Wordt gekeken naar de concrete resultaten die in dit verband zijn geboekt, dan kun je zonder meer van vooruitgang spreken. Democratie is, zoals eerder al werd opgemerkt, positiefrechtelijk verankerd als grondwaarde van de Unie en correspondeert met het feit dat de inwoners van de EU zich sinds de totstandkoming van het VvM, behalve burgers van hun eigen landen, ook burgers van de Unie mogen noemen. Verder zijn de bevoegdheden van het Europees Parlement in de loop der jaren sterk uitgebreid, en is de voormalige derde pijler voor een belangrijk deel 'gecommunautariseerd' en dus goeddeels ontdaan van zijn intergouvernementele karakter. Tot slot kan nog worden gewezen op de gewijzigde verhoudingen binnen de Raad. Niet alleen zijn de afgelopen twee decennia steeds meer beleidsterreinen onder een regime van (gekwalficeerde) meerderheidsbesluitvorming komen te vallen, ook wordt sinds het VvL bij het bepalen van het stemgewicht van individuele landen nadrukkelijker dan voorheen rekening gehouden met bevolkingsaantallen.⁸³

Maar is dit alles ook voldoende voor de conclusie dat de Unie inmiddels over een vorm van constitutionalisme beschikt die het legitimatietekort, dat ontstond doordat het integratieproces zich na verloop van tijd verdiepte, op een adequate manier weet te ondervangen? Met andere woorden: hebben deze wijzigingen er ook toe geleid dat het probleem van constitutionele autoriteit is opgelost? Strikt genomen zou je zeggen van niet. Hoewel het Hof in *Van Gend & Loos* een directe link legde tussen de claim op normatief gezag van Europees recht en de ingezeten van de Gemeenschap, hebben deze ingezetenen zich vooralsnog niet ontpopt als *pouvoir constituant* in de klassieke zin van het woord. Gelet op de verdragswijzigingsprocedure lijken de lidstaten, en in het verlengde daarvan nationale democratieën, *in ultimo* nog steeds de baas over de EU. Hier staat tegenover dat je je kunt afvragen of het überhaupt wel wenselijk zou zijn

⁸² Uiteraard stonden de verschillende verdragswijzigingsrondes die zich, na jaren van inactiviteit op dit gebied, vanaf het begin van de jaren negentig in hoog tempo afwisselden niet alleen in het teken van het streven naar meer constitutionele legitimatie. Belangrijk was bijvoorbeeld ook het feit dat de Unie in de afgelopen twee decennia werd uitgebreid van 12 naar 27 leden. Verder speelt mee dat de Unie in toenemende mate behoefte heeft gekregen aan een identiteit op het internationale toneel. Dit laatste zou echter weer als een indirect gevolg kunnen worden gezien van de hierboven beschreven politieke en constitutionele transformatie die de Unie heeft doorgemaakt.

⁸³ Zie Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 266-273.

dat de Europese democratie zich in deze richting zou ontwikkelen. Immers, wanneer op een dag mocht blijken dat het Unierecht gedekt wordt door een Europese politieke gemeenschap die stevig controle heeft over haar eigen lot, dan zou dat, in ieder geval volgens traditionele constitutionele schema's, automatisch ten koste gaan van democratie op nationaal niveau. En dat is, zoals eerder al werd besproken, nou juist waar in theorieën die het unieke en eigen karakter van de EU benadrukken niet op aangestuurd wordt. Feitelijk zou zo'n situatie namelijk betekenen dat er sprake is van een Europese staat.

Iemand als Maduro is zich terdege bewust van dit probleem. Volgens hem ligt de uitdaging er dan ook in 'to expand the authority of constitutionalism without assuming constitutional authority'.⁸⁴ De maatregelen die de afgelopen decennia zijn genomen om de Europese democratie te versterken, zouden wat dit betreft stappen in de goede richting kunnen zijn. Zouden kunnen zijn, want op zichzelf genomen vallen genoemde maatregelen ook prima in te passen in een discours dat wel aanstuurt op 'assuming constitutional authority'. Wil je kunnen volhouden dat de Unie over een eigen constitutioneel narratief beschikt dat haar niet in de fuik drijft van statelijke vertogen, dan zul je, kortom, ook aanschouwelijk moeten maken hoe het recht van de Unie precies verweven is met het recht van de lidstaten. Met een focus op begrippen zoals voorrang, exclusiviteit en uniformiteit, en op grond van de gedachte dat in verdragen, constituties en rechtspraak verschillende veiligheidskleppen zijn ingebouwd om conflicten te voorkomen, zijn hiertoe vooral vanaf halverwege de jaren negentig tal van pogingen ondernomen, onder andere door Weiler en Maduro. Hier landen we eindelijk aan bij het discours constitutioneel pluralisme. De omstandigheden waaronder dit discours kon ontstaan, zijn nu gedeeltelijk geschetst. Het verhaal is echter nog niet helemaal verteld. Om af te stappen van de intellectueel wat luie kwalificatie *sui generis* was eerst nog shocktherapie nodig.

5.6 Shocktherapie uit Karlsruhe

'How the True World Became a Fable.' Zo begint een vaak aangehaald artikel van Julio Baquero Cruz over de bruuske wijze waarop de overzichtelijke wereld van veel juristen Europees recht aan het wankelen werd gebracht toen het *Bundesverfassungsgericht* in oktober 1993 naar buiten kwam met zijn *Maastricht-Urteil*.⁸⁵ Weliswaar had dit wereldbeeld voordat de uitspraak werd gedaan al een knauw gekregen door het gefragmenteerde karakter van de architectuur van de

⁸⁴ Maduro, 'The importance of being called a constitution', 351.

⁸⁵ Julio Baquero Cruz, 'The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement', 14 *European Law Journal* (2008) 389.

HOOFDSTUK 5

nieuwe Unie,⁸⁶ in algemene zin leek er voor deze juristen toch weinig reden om te twifelen aan de op integratie gerichte communautaire logica waarmee de rechtspraak van het HvJ sinds *Van Gend & Loos* was doordrenkt. De afwijkende geluiden die voor die tijd uit de mond van nationale rechters te horen waren – bijvoorbeeld in de *Solange I*-uitspraak van hetzelfde *Bundesverfassungsgericht* of de aanvankelijke weigering van de Franse *Conseil d'Etat* om de voorrang van Europees recht te erkennen – werden door deze juristen meer als goedbedoelde correcties of als geïsoleerde bedrijfsongelukjes gezien dan als een serieuze bedreiging voor het narratief van het Europese Hof.⁸⁷ Na de publicatie van het lijvige *Maastricht*-Urteil bleek deze zonnige visie echter niet meer onomstreden. Juristen zagen zich nu gesteld voor twee versies van de waarheid; naast het op autonomie van de EG/EU gebaseerde narratief van het Europese Hof, het oorsprongsverhaal van Karlsruhe, dat de grondslag voor de gelding van Europees recht stevig in de boezem van het nationale constitutionele recht neerlegde. Ogenschijnlijk een impasse waar niet uit te komen viel.

De kritiek op het *Maastricht*-arrest was, zoals eerder al naar voren kwam, niet mals.⁸⁸ In de bezorgdheid die over de uitspraak werd geuit, klonk hier en daar echter ook twijfel door of het verhaal dat door het Hof over de werking en grondslagen van de Europese rechtsorde werd verteld wel zo rotsvast was als lang was gedacht. Wat stelde het Europese recht eigenlijk precies tegenover het nationaal-constitutionele betoog van het Duitse Hof? Had Europa inderdaad niet een democratisch probleem? Het *Maastricht*-Urteil, zo werd bovendien in herinnering gebracht, stond niet op zichzelf. Rond de ratificatie van het VvM was in referenda in Frankrijk en Denemarken ook aan het licht gekomen dat het integratieproject niet kon rekenen op overweldigende steun onder de Europese bevolkingen. Anderzijds: hoe geloofwaardig was precies het alternatief dat door het Duitse Hof werd aangedragen? Wat Karlsruhe in *Maastricht* over een eigen Europese democratische ontwikkeling zei, leek stevig te zijn ingekapseld in een bepaalde *Vorverständnis* over wat democratie, binnen de grenzen van de Duitse

⁸⁶ Vgl. Matej Avbelj, 'Questioning EU Constitutionalisms', 9 *German Law Journal* (2008) 1, 8-9.

⁸⁷ In Nederlandse commentaren viel, het zal niet verrassen, destijds vooral kritiek te beluisteren. Zo oordeelde Kapteyn over *Solange I* dat deze beslissing een 'bedreiging van de eenheid van het Gemeenschapsrecht' vormde en 'duidelijk in strijd (was) met dat Gemeenschapsrecht'. Brinkhorst stelde over het arrest *Semoules*, dat het 'te betreuren' viel dat de *Conseil d'Etat* zich aan de 'ondubbelzinnige uitspraak (van het HvJ in *Costa/ENEL*, JWvR) heeft trachten te onttrekken met een redenering welke terugblijkt naar het verleden' en dat het jammer was dat dit rechtscollege 'bij zijn nationale grenzen blijft staan'. Zie resp. P.J.G. Kapteyn, 'Toetsing van EEG-verordeningen aan nationale grondrechten door de Duitse en Italiaanse Constitutionele Hoven?', 25 *Ars Aequi* (1976) 111, 116; Brinkhorst, 'Geldt de voorrang van het Gemeenschapsrecht ook voor de Franse Conseil d'Etat?', 519, 525. Inmiddels duikt *Solange I* steevast op in pluralistische vertogen als voorbeeld van hoe je als rechter een dialoog kunt voeren.

⁸⁸ Zie *supra*, § 3.3.2.

Grondwet, op het niveau van de Unie vermag te bereiken. Uitgangspunt voor het Hof was namelijk dat bevoegdheidsoverdrachten aan Europa geen schending mochten opleveren van artikel 20 GG, dat een codificatie vormt van de kern van het Duitse democratiebeginsel, het principe van volkssoevereiniteit, en beschermd wordt in artikel 79 lid 3 GG, de ‘Ewigheidsklausel’.⁸⁹ Ondanks aansporingen om bijvoorbeeld het Europees Parlement meer als een echte volksvertegenwoordiging te laten functioneren,⁹⁰ stelde het dus meteen ook vrij rigoreus paal en perk aan de mogelijkheid om het democratische tekort van de Unie op te vullen.

Twee decennia later is er, zoals de *Lissabon*-uitspraak liet zien, weinig veranderd in de houding van het *Bundesverfassungsgericht* ten opzichte van het thema democratie. Nog steeds meet het de stand van zaken op het niveau van de EU primair af aan een specifieke conceptie over *nationale* democratie. Wat wel is veranderd, is de context waarbinnen het Duitse Hof zijn oordeel velde. Toen het de grondwettigheid van het Maastricht-Verdrag aan een inspectie onderwierp, stond de Europese democratie nog in haar kinderschoenen. Bijgevolg kon het Hof betrekkelijk vrijblijvend suggesties doen over de richting waarin deze democratie zich in de toekomst zou kunnen ontwikkelen.⁹¹ In de tussenliggende jaren is er echter het nodige aan democratisch onderhoud gedaan.⁹² In het *Lissabon*-Urteil viel er dan ook echt wat te toetsen voor het *Bundesverfassungsgericht*. En werd duidelijk in welke ongemakkelijke spagaat het Hof zich gemanoeuvreerd heeft door in *Maastricht* voorwaarden te stellen aan de mate van democratische ontwikkeling die in het kader van de Unie verwezenlijkt kan worden. Om te kunnen volhouden dat het VvL voor Duitsland geen onoverkomelijke hindernissen opwierp, zag het zich gedwongen in tamelijk schelle kleuren af te schilderen wat er de afgelopen jaren in Europa allemaal aan democratie is gerealiseerd.⁹³ Een meer genuanceerde visie op dit proces, had namelijk misschien wel tot de conclusie moeten leiden dat de EU inmiddels de status van *Staatenverbund* is ontgroeid, en dat is volgens Karlsruhe ontoelaatbaar zolang het *Grundgesetz* van kracht is.⁹⁴

Uiteindelijk ziet het *Bundesverfassungsgericht* wat de democratisering van Europa betreft maar één oplossing. Wil de Unie een echte democratie worden, dan dient zij te transformeren tot een Europese staat. Gebeurt dit niet, dan moet zij erin berusten dat haar handelen vooral over de boeg van de nationale democratie gelegitimeerd blijft en, om deze reden, oppassen dat zij de huidige *status*

⁸⁹ *Maastricht*, 171-172; 182.

⁹⁰ *Ibid.*, 185-186.

⁹¹ *Ibid.*, 185.

⁹² Zie *supra*, § 5.5. Frappant genoeg werd dit ook door het Duitse Hof zelf expliciet benoemd. Zie *Lissabon*, r.o. 32.

⁹³ *Lissabon*, r.o. 228.

⁹⁴ Vgl. over deze paradox ook: De Waele, ‘Karlsruhe über Alles’, 3, 4-6. Zie voorts Grimm, ‘Defending Sovereign Statehood Against Transforming the Union Into a State’, 367-368; Thym, ‘In the Name of Sovereign Statehood’, 1812-1814.

HOOFDSTUK 5

quo niet nog verder uitholt. Alleen: hoe reëel is deze voorstelling van zaken? In het geval van Duitsland, zo maakte het Constitutionele Hof in *Lissabon* duidelijk, is voor zo'n Europese staat een beslissing van het Duitse volk, in zijn hoedanigheid van *pouvoir constituant*, nodig.⁹⁵ Dit alleen al maakt de kans daarop bijzonder klein, omdat hiervoor het *Grundgesetz* buitenspel gezet moet worden.⁹⁶ Tegelijkertijd kan ook niet zonder meer worden aangenomen dat het integratieproces stil blijft staan. Dit proces, zo hebben de afgelopen jaren nog maar eens uitgewezen, heeft een eigen dynamiek, en houdt niet altijd gelijke tred met de fijnere thematiek van constitutionele argumentatie. Het risico bestaat dus dat het beeld dat door het *Bundesverfassungsgericht* wordt geschetst, ingehaald wordt door de werkelijkheid, voor zover dat al niet langer geleden gebeurd is.

Anders dan de *Maastricht*-zaak, veroorzaakte het *Lissabon*-arrest geen schokgolven in het debat over de Unie. Hoewel reikhalzend naar de uitspraak werd uitgekeken, werd van tevoren min of meer verwacht dat het Duitse Hof zou vasthouden aan de lijn die het had uitgestippeld in eerstgenoemde beslissing. De vraag was vooral hoe het die uitgestippelde lijn in overeenstemming zou brengen met alle veranderingen die de Unie sinds de totstandkoming van het VvM heeft ondergaan. Begin jaren negentig waren de omstandigheden als gezegd anders. Feitelijk was er op dat moment nog weinig discussie over de grondslagen van het integratieproces, tenminste niet in de kritische constitutionele zin die vandaag zo kenmerkend is voor de manier waarop deze discussie gevoerd wordt.⁹⁷ Zoals eerder ter sprake kwam, kan dit worden verklaard door de bijzondere politiek-juridische dynamiek die het integratieproces lange tijd in zijn greep hield, door Weiler omschreven als 'the dual character of supranationalism'. Hierdoor kon het gebeuren dat de beoefening van het Europese recht een aangelegenheid bleef van een relatief kleine groep juristen, die, zo wordt wel gezegd, veelal idealistisch was ingesteld en daarom weinig oog had voor de zwakke plekken in het narratief van het HvJ.⁹⁸ Toen de lidstaten met de Europese Akte kozen voor een besluitvormingssysteem dat niet langer hoofdzakelijk door het unanimitéitsbeginsel werd geregeerd, begonnen de panelen echter te schuiven en werden meer juristen wakker. Ook al omdat op dat moment bleek dat de werking van het Europese recht zich in de loop der jaren sluipenderwijs over steeds meer beleidsterreinen was gaan uitstrekken.

Voor nationale rechters, in het bijzonder degenen met een hoge rang, betekende een en ander dat hun 'pact' met het Europese Hof op basis waarvan zij de

⁹⁵ *Lissabon*, r.o. 179.

⁹⁶ Vgl. *supra*, § 3.3.

⁹⁷ Vgl. Avbelj, 'Questioning EU Constitutionalisms', 5-7, die er op wijst dat het narratief van het Hof in deze periode al wel een heel nadrukkelijk constitutioneel sausje had gekregen. Dit door toedoen van de uitspraken *Les Verts* en Advies 1/91.

⁹⁸ Zie J. Nergelius, *The Constitutional Dilemma of the European Union* (Groningen: Europa Law Publishing 2009) 7-8. Maar zie Brun-Otto Bryde, 'The ECJ's Fundamental Rights Jurisprudence: A Milestone in Transnational Constitutionalism', in: Maduro en Azoulai, *The Past and Future of EU Law*, 121, die dit beeld nuanceert.

principes van directe werking en voorrang hadden geaccepteerd – te weten ‘dat de Gemeenschap in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde vormt ten bate waarvan de staten, *zij het op een beperkt terrein*, hun soevereiniteit hebben begre⁹⁹ – een forse deuk had opgelopen.¹⁰⁰ Maar hoe dit te repareren? Door in de toekomst, zeker nu het wapen van het politieke veto zijn scherpe kantjes had verloren, strikter dan voorheen te patrouilleren langs de grenzen tussen de Europese rechtsorde en de nationale rechtsordes? Deze optie was vanuit het oogpunt van het EU-recht uiteraard niet zonder problemen. Patrouilles zouden, zoals het *Bundesverfassungsgericht* in *Maastricht* expliciet waarschuwde, namelijk uiteindelijk in een onverbindendverklaring van Europese regelgeving kunnen eindigen; met als gevolg ‘the risk of undermining the major advances made during the integration process: namely, supremacy of European law and its corollaries, undistorted competition and equal treatment for all Union citizens.’¹⁰¹ Bovendien: had het Hof halverwege de jaren tachtig nationale rechters niet nadrukkelijk opgedragen vragen omtrent de geldigheid van Europees recht richting Luxemburg te sturen?¹⁰²

5.7 Het Maastricht-Urteil als katalysator

Om het gevaar van om zich heen slaande nationale rechters in te dammen – het Duitse Hof was niet de enige rechter die rond de totstandkoming van het Maastricht Verdrag van zich liet horen¹⁰³ – kozen sommige commentatoren indertijd voor een vlucht naar voren. Ja, zo viel er te beluisteren, de analyse van Karlsruhe dat het integratieproces in zijn nieuwe jasje kampte met serieuze democratische problemen, was in de kern correct. Het was evenwel verkeerd om hieruit de conclusie te trekken dat het nationale recht weer meer centraal zou moeten komen te staan. Wat Europa nodig had, was een eigen constitutie, en misschien zelfs wel een statelijk fundament.¹⁰⁴ Ten aanzien van deze mogelijkheid had het Duitse Hof in *Maastricht* de deur nog niet zo hard achter zich dicht getrokken

⁹⁹ *Van Gend & Loos*, p. 23 (cursivering van mij, JWvR).

¹⁰⁰ Zie Weiler en Haltern, ‘The Autonomy of the Community Legal Order. Through the Looking Glass’, 37 *Harvard International Law Journal* (1996) 443-444.

¹⁰¹ Mancini, ‘Europe’, 41.

¹⁰² Zaak 314/85, *Foto-Frost* [1987] ECR 4199.

¹⁰³ Frankrijk: CC 9 april 1992, 1992-308 DC (*Maastricht I*) en CC 2 september 1992, 1992-312 DC (*Maastricht II*), Spanje: *Tribunal constitucional*, 1 juli 1992, nr. 1236/92, Rev. Inst. Eur., 1992, 633 en Denemarken: *Højesteret*, 6 april 1998, nr. I-361/1997, *Carlsen v Rasmussen*, UfR 1998, 800H.

¹⁰⁴ Zie e.g. Jürgen Habermas, ‘Remarks on Dieter Grimm’s ‘Does Europe Need a Constitution?’, 1 *European Law Journal* (1995) 303; Mancini, ‘Europe’.

HOOFDSTUK 5

als het zestien jaar later in *Lissabon* zou doen.¹⁰⁵ Anders dan in *Lissabon*, was de belangrijkste vooronderstelling van de *Maastricht*-uitspraak dat Unieburgers nog te weinig homogeniteit vertoonden en daarom niet gezegd kon worden dat zich binnen de EU een *demos*, een Europees volk, gevormd had om zo'n constitutie en/of staat te dragen.¹⁰⁶ Dit gegeven werd door deze school echter niet als bezwaarlijk ervaren. Integendeel, een constitutie was juist onontbeerlijk om een dergelijke identiteit tot stand te brengen. En daarnaast, een voor de Unierechtsorde als legitimatiebron fungerende Europese politieke gemeenschap hoefde niet per se een natie te zijn in de klassieke, negentiende-eeuwse zin van het woord. Zoals de Duitse filosoof Jürgen Habermas uitlegde: 'European identity can in any case mean nothing other than unity in national diversity'.¹⁰⁷

Het enthousiasme voor een formele oplossing van het democratieprobleem van de EU, in feite een opleving van de federale idealen uit de *Founding Period*, liep, zoals eerder al werd besproken, terug nadat in 2005 de Europese Grondwet strandde. Maar betekende dit ook dat de diagnose die gesteld werd door commentatoren die voor een dergelijke benadering pleitten, onjuist was? Een vroege criticus van het Europese constitutionele leven, de reeds genoemde Joseph Weiler, vond van wel. Volgens Weiler schortte het zowel Europese federalisten als het Duitse Hof aan verbeeldingskracht. '(T)he community idea', zo stelde de Amerikaanse hoogleraar in een reactie op het *Maastricht*-Urteil, 'is not meant to eliminate the national State but to create a regime which seeks to tame the national interest with a new regime.'¹⁰⁸ Kern van dit nieuwe regime, aldus Weiler, zou een overgave aan '(p)olycentric thinking' moeten zijn, dat wil zeggen aan de mogelijkheid van 'co-existing multiple *demoi*', en geen 'enslavement to the notion of State'.¹⁰⁹ Hieruit volgde dat het bijvoorbeeld ook geen zin had om de EU heel nadrukkelijk te spiegelen aan de Verenigde Staten, dat ook van oudsher te maken had met diversiteit onder haar inwoners. Want 'Europe is precisely not about One Nation, not about a Melting Pot and all the rest, for despite the unfortunate rhetoric of Unity, Europe remains (or ought to remain) committed to '... an ever closer union among the *peoples* of Europe'.¹¹⁰

Om structuur te geven aan deze *status quo*, heeft Weiler later het principe van 'European constitutional tolerance' geïntroduceerd.¹¹¹ Volgens Weiler komt het er in het kader van Europese integratie op aan om je als burger van een bepaalde lidstaat uit vrije wil neer te leggen bij regels die mede worden uitgevaar-

¹⁰⁵ Zie Thym, 'In the Name of Sovereign Statehood', 1796-1797.

¹⁰⁶ *Maastricht*, 186. Zie ook Grimm, 'Does Europe Need a Constitution?'.

¹⁰⁷ Habermas, 'Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?''', 307.

¹⁰⁸ Weiler, 'Does Europe Need a Constitution?', 249.

¹⁰⁹ Ibid., 238; 252. Zie in dezelfde zin ook J.H.H. Weiler, 'To be a European citizen: Eros and civilization', in: *ibid.*, *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes have an Emperor?' and other essays on European Integration* (Cambridge: Cambridge University Press 1999) 324.

¹¹⁰ Ibid., 253 (cursivering van mij, JWvR).

¹¹¹ Weiler, 'In defence of the status quo', 15-23.

digd uit naam van burgers die binnen andere grenzen leven dan jijzelf en die, vanuit een dogmatisch en Schmittiaans constitutioneel perspectief, dus strikt genomen als buitenstaanders moeten worden beschouwd. Dit, zo erkent hij, vereist een behoorlijke dosis constitutionele discipline. Op deze manier compromitteert een volk namelijk zijn recht op zelfbeschikking. Het krijgt er volgens Weiler echter ook veel voor terug. 'When acceptance and subordination are voluntary, and repeatedly so, they constitute an act of true liberty and emancipation from self-arrogance and constitutional fetishism: a high expression of Constitutional Tolerance.'¹¹² Het springende punt bij Weiler is dus dat Europese integratie, mits goed uitgevoerd en aan beide kanten van het spectrum van democratische veiligheidskleppen voorzien, kan leiden tot ware vrijheid, waarbij vrijheid dan vooral in Kantiaanse zin wordt opgevat als een universeel ideaal. Of, zoals hij het elders omschreef, in 'the alien (...) mankind discover(s) the idea of humanity'.¹¹³

Hoewel Weiler op een retorisch zeer begaafde manier blootlegt wat volgens hem de *animus* van het integratieproces is, weidt hij minder uitvoerig uit over wat dit in meer formele zin betekent voor de verhouding tussen de Unie en de lidstaten.¹¹⁴ Iemand die hier meer op is ingaan, is de Brit Neil MacCormick. Net als Weiler was MacCormick kritisch over de wijze waarop het *Bundesverfassungsgericht* in *Maastricht* het principe van soevereiniteit op de voorgrond plaatste en, in het verlengde daarvan, beweerde dat de Unie eigenlijk niet meer was dan een veredelde internationale organisatie.¹¹⁵ Anders dan Weiler, was de Brit echter milder gestemd over de rechtstheoretische implicaties van de beslissing. Dit omdat op het concrete punt dat het Duitse Hof in *Maastricht* aansneet, namelijk dat het over de bevoegdheid beschikte om te controleren of Europese normen in overeenstemming zijn met de Duitse constitutie, vanuit een normatief oogpunt weinig af te dingen viel. 'Legal systems', betoogde MacCormick in de geest van een theorie die hij 'legal institutionalism' noemde, 'are thought-objects, products of particular discourses rather than presuppositions of them.'¹¹⁶ Een logisch gevolg hiervan, zo vervolgde hij, is dat zij zelf-referentieel zijn; dat

¹¹² Ibid., 21.

¹¹³ Weiler, 'Does Europe Need a Constitution?', 250.

¹¹⁴ Maar zie Weiler, 'European democracy and its critics: polity and system', in: ibid., *The Constitution of Europe*, 271, waarin de auteur aangeeft zich goed te kunnen vinden in de denkbelden van de hieronder te bespreken MacCormick. Zie verder 'The Autonomy of the Community Legal Order', 292-298, waarin Weiler zich, samen met Haltern, op het standpunt lijkt te stellen dat het niet erg zinvol is om nog uitvoerig stil te staan bij de vraag of de Unie een internationaalrechtelijk dan wel constitutioneelrechtelijk fundament heeft. Dit omdat 'to try to push the toothpaste back in the tube' doorgaans weinig oplevert.

¹¹⁵ Zie MacCormick, 'The Maastricht-Urteil', 265.

¹¹⁶ Ibid., 261. De theorie van 'legal institutionalism' is verwant aan de filosofie van de bekende Britse theoreticus H.L.A. Hart. Zie ook Neil MacCormick, 'The Legal Framework: Institutional Normative Order', in: ibid., *Questioning Sovereignty. Law: State and Nation in the European Commonwealth* (Oxford: Oxford University Press 2002).

HOOFDSTUK 5

wil zeggen: voor hun geldigheid niet afhankelijk van andere rechtsordes. Dus tenzij men wilde beweren dat de rechtsordes van de lidstaten hiërarchisch ondergeschikte subsystemen van een overkoepelende Europese rechtsorde vormden – een veronderstelling die MacCormick onder andere niet overtuigend vond omdat zij geen ruimte liet voor een ‘degree of sociological realism’¹¹⁷ – kon niet anders dan geconcludeerd worden dat het *Bundesverfassungsgericht* intern consistent redeneerde toen het zich het recht voorbehield Europese normen te toetsen.

Conform dezelfde logica was MacCormick echter ook van mening dat de Europese rechtsorde zelf-referentieel van aard was; in ieder geval sinds het HvJ in de arresten *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* tot het oordeel kwam dat Europees recht, omwille van de eenheid van de gemeenschappelijke markt, op de terreinen waarop dit recht werkzaam is voorrang heeft op nationale normen.¹¹⁸ De analyse van Karlsruhe dat de autonomie van het Unierecht een *afgeleide* autonomie is,¹¹⁹ deugde daarom niet. Maar hoe deze op papier afwijkende standpunten met elkaar te verzoenen? Dat de Europese rechtsorde en de rechtsordes van de lidstaten op een bepaalde manier tot elkaar veroordeeld zijn, staat immers buiten kijf. MacCormick komt tot de volgende conclusie:

‘On the whole, therefore, the most appropriate analysis of the relations of legal systems is pluralistic rather than monistic, and interactive rather than hierarchical. The legal systems of Member States and their common legal system of EC law are distinct but interacting systems of law, and hierarchical relationships of validity within criteria of validity proper to distinct systems do not add up to any sort of all-purpose superiority of one system over another.’¹²⁰

De sleutel tot een goed begrip van de relatie tussen de Unie en de lidstaten was volgens MacCormick, kort samengevat, dus dat uit het enkele feit dat een rechtsorde zelf gaat over de geldigheid van haar normen, conceptueel gezien, niet automatisch volgt dat er sprake is van formele hiërarchie ten opzichte van rechtsordes waarmee zij in verband staat. Rechtsrelaties konden *pluralistisch* georganiseerd zijn. Het paradigma waarin zoiets niet mogelijk werd geacht, dat van onbegrensde soevereiniteit, was volgens MacCormick achterhaald, in ieder geval in de context van het integratieproces. Het verweer dat soevereiniteit niet zomaar in rook op kon gaan, kon hem niet overtuigen; soevereiniteit was in zijn

¹¹⁷ Ibid., 264.

¹¹⁸ Ibid., 263. Overeenkomstig zijn theorie van ‘legal institutionalism’ hechtte MacCormick er in dit verband ook veel waarde aan dat de Unie, of destijds de Gemeenschap, beschikte over eigen organen met wetgevende, bestuurlijke en rechtsprekende bevoegdheden. Zie hierover ook MacCormick, ‘On Sovereignty and Post-Sovereignty’, in: *ibid.*, *Questioning Sovereignty*, 131-133.

¹¹⁹ *Maastricht*, 190. Vgl. Grimm, ‘Defending Sovereign Statehood’, 354.

¹²⁰ MacCormick, ‘The Maastricht-Urteil’, 264.

ogen ‘like virginity, something that can be lost by one without another’s gaining it’.¹²¹

MacCormicks opvattingen over pluralisme kregen in de jaren na het *Maas-tricht-Urteil* steeds vaker bijval. Niet dat commentatoren die positief tegenover zijn analyse stonden het op alle punten met hem eens waren. Zo kon niet iedereen zich vinden in het feit dat soevereiniteit aan verklaringskracht zou hebben verloren. Verder verschilde men van mening over de mate van normativiteit die aan een pluralistisch construct moest worden toegedicht. MacCormick zelf gaf er aanvankelijk de voorkeur aan om, in het geval van een existentieel constitutioneel conflict, een plek in te ruimen voor de politiek.¹²² Andere commentatoren wilden niet zover gaan en kozen voor een minder ‘radicale’ variant van pluralisme. Over een aantal andere zaken werd men het echter snel eens; te weten dat het niet langer zinvol was om de relatie tussen de Unie en de lidstaten in termen van hiërarchie te duiden; dat het om constitutionele conflicten te voorkomen van belang was om naar andere middelen te grijpen dan een absolute *Grundnorm* of soevereiniteitsconceptie; en, in de geest van Weiler, dat het openlaten van de geldigheidsvraag niet zozeer een capitulatie vormde ten aanzien van principes als democratie en rechtsstaat, als wel een versterking hiervan.

5.8 Drie theorieën

Om MacCormick de geestelijk vader van de theorie constitutioneel pluralisme te noemen, gaat wellicht te ver.¹²³ Hij was wel de eerste die het concept pluralisme op een specifiek Europese leest schoeide en hier, vanwege de vergevorderde staat van het integratieproces, het predicaat ‘constitutioneel’ voor plakte. Een kleine twintig jaar verder is constitutioneel pluralisme uitgegroeid tot het meest populaire paradigma om de aard en werking van het Europese recht mee te verklaren. Als gezegd, valt in dit verband echter geen consistente lijn te ontwaren. Constitutioneel pluralisme is dan ook geen coherente theorie. In het overzicht dat hieronder volgt, zal, met dit in het achterhoofd, een onderscheid worden gemaakt tussen drie verschillende gradaties van constitutioneel pluralisme: na-

¹²¹ MacCormick, ‘On Sovereignty and Post-Sovereignty’, 126. Zie ook Neil MacCormick, ‘Beyond the Sovereign State’, 56 *Modern Law Review* (1993) 1.

¹²² MacCormick, ‘The Maastricht-Urteil’, 265. Later kwam MacCormick hier gedeeltelijk op terug en zocht hij voor het oplossen van constitutionele conflicten een toevlucht in het internationale recht. Zie Neil MacCormick, ‘Juridical Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict’, in: *ibid.*, *Questioning Sovereignty*, 120-121.

¹²³ Zelf vertrouwde MacCormick veel op het werk van de Duitse socioloog Niklas Luhmann. Zie in deze richting ook Anne Peters, ‘Rechtsordnung und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse’, 65 *Zeitschrift für öffentliches Recht* (2010) 3, 51.

HOOFDSTUK 5

melijk multilevel constitutionalisme, normatief pluralisme en politiek pluralisme.¹²⁴ Belangrijkste criterium hierbij is de mate van normativiteit die aan het verband van Unie en lidstaten wordt toegekend.

5.8.1 *Multilevel constitutionalisme*

De eerste hier te bespreken variant van de theorie constitutioneel pluralisme, multilevel constitutionalisme, wordt normaliter niet direct geschaard onder deze noemer.¹²⁵ Omdat ook multilevel constitutionalisme op de drie hierboven genoemde uitgangspunten is gebaseerd, is niettemin helder dat dit concept wel behoort tot dezelfde familie. Datzelfde geldt ook voor concepten die weer veel op multilevel constitutionalisme lijken, in het bijzonder de notie van een samengestelde rechtsorde, in Nederland ontwikkeld door Leonard Besselink.¹²⁶ Tussen multilevel constitutionalisme, een leerstuk waarmee vooral de naam van de Duitse jurist Ingolf Pernice is verbonden,¹²⁷ en Besselinks samengestelde rechtsorde zijn zeker verschillen aan te wijzen. In het bijzonder ten aanzien van de vraag naar de fundering van de Europese rechtsorde – hoe zit het met soevereiniteit in de EU? – neemt Pernice een veel meer uitgesproken standpunt in dan Besselink. Deze laatste haakt voor de funderingsvraag aan bij het eerder gesignaleerde evolutionaire karakter van de Europese constitutie, terwijl de eerste het nodig vindt om soevereiniteit een plek te geven in zijn theorie. Wat het centrale criterium waarop dit overzicht is gebaseerd betreft, de mate van normativiteit die aan het verband van Unie en lidstaten wordt toegekend, stemmen beide modellen echter grotendeels overeen. Het meest onderscheidende kenmerk van zowel multilevel constitutionalisme als van Besselinks constitutionele theorie is dat het constitutionele recht van de Unie en het constitutionele recht van de lidstaten als

¹²⁴ Zie in dezelfde zin ook: Wouter Hulstijn en Jan Willem van Rossem, 'Het *Lissabon-Urteil*: pluralisme op Duitse voorwaarden', in: J.M.J. van Rijn Alkemade en J. Uzman (red.), *Soevereiniteit of pluralisme? Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil* (Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011) 28-33.

¹²⁵ Vgl. e.g. Matej Avbelj en Jan Komárek, 'Four Visions of Constitutional Pluralism', 2 *European Journal of Legal Studies* (2008) 325.

¹²⁶ Zie Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie*.

¹²⁷ Zie verder van deze auteur ook: Ingolf Pernice, 'Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?', 36 *Common Market Law Review* (1999) 703; Ibid., 'Multilevel constitutionalism in the European Union', 27 *European Law Review* (2002) 511. Zie voorts ook Armin von Bogdandy, 'The European Union as a Supranational Federation', 6 *Columbia Journal of European Law* (2000) 27; Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas* (Berlijn: Duncker & Humblot 2001); Delavalle, 'Lost in Transition?', 89-166; Oeter, 'Federalism and Democracy', 55-82; Franz C. Mayer, 'Multilevel Constitutional Jurisdiction', in: Von Bogdandy en Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 399-439; J.A. Hoeksma, 'The EU as a democratic polity in international law', CLEER Working Paper 2011/2.

één samengesteld, normatief geheel gezien wordt. Vergeleken met andere uitingen van constitutioneel pluralisme, leggen beide theorieën als zodanig meer nadruk op ‘constitutioneel’ dan op ‘pluralisme’. Het perspectief dat hieronder als uitgangspunt wordt genomen, is dat van multilevel constitutionalisme.

Hoe rechtvaardigt de theorie van multilevel constitutionalisme dat de Unie en de lidstaten samen één rechtsorde delen? De crux in dit verband is dat normen volgens de theorie in Europa voortvloeien uit één gemeenschappelijke bron: te weten, de burgers van de Unie. Multilevel constitutionalisme bekijkt het vraagstuk van de verhouding tussen Europees recht en nationaal recht dan ook niet alleen vanuit het perspectief van staten, maar ook, en misschien wel vooral, vanuit het perspectief van burgers. Dit op grond van het inzicht dat ‘in modern democracies the citizens are the basis and origin of whatever public authority and decision-making power, whether vested with national, European, or possibly even global institutions’ en ‘that the two levels of government are complementary elements of one system serving the interest of their citizens, national and European.’¹²⁸ In dit citaat, afkomstig van Pernice, ligt ook meteen een verklaring voor het feit dat de eenheid van de Europese rechtsorde beweerdelijk niet hiërarchisch van aard, maar pluralistisch georganiseerd is. In een moderne democratie, zo is de strekking van dit citaat, laten burgers zich niet opsluiten binnen één allesoverheersend, territoriaal begreemd institutioneel kader, maar zoeken zij, ingegeven door een onorthodoxe benadering van soevereiniteit, hun heil ook in andere besluitvormingslagen. Wie democratie koppelt aan hiërarchie, struikelt daarom over een achterhaalde manier van staatsdenken. Of, zoals Pernice het zelf formuleert: ‘Multilevel constitutionalism is based on the assumption that the *contrat social*, the concept developed by Rousseau, does not necessarily lead to one unitary State, and that the notion of constitution is not necessarily bound to a rigid concept of the State.’¹²⁹

Door zo ondubbelzinnig afstand te nemen van het dogma dat constitutionele principes zich alleen binnen de staat kunnen manifesteren, stelt multilevel constitutionalisme zich nadrukkelijk teweer tegen de in de *Maastricht*- en *Lissabon*-uitspraken verdedigde opvatting dat staten hun bevoorrechte positie ontleen aan het gegeven dat zij, in de woorden van het *Bundesverfassungsgericht*, ‘verfasster politischer Primärraum’ vormen.¹³⁰ In de ‘nationalen Verfassungsstaaten’ van vandaag, zo klinkt het integendeel, is er ‘nur so viel Staat, wie die *Verfassung* konstituiert’.¹³¹ De staat vormt, met andere woorden, dus geen voorgrondwettelijk construct dat, à la Schmitt, de neerslag is van het politieke bewustzijn van een volk, maar veeleer eenvoudigweg een door het recht gecreëerd vehikel voor de uitoefening van publiek gezag. Hiermee vervalt vervolgens ook de grond om de Unie nog langer als een internationale organisatie te beschou-

¹²⁸ Zie Pernice, ‘The Treaty of Lisbon’, 349, 372-373.

¹²⁹ Pernice, ‘Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam’, 709.

¹³⁰ *Lissabon*, r.o. 301.

¹³¹ Zie Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre* (Baden-Baden: Nomos 2009) 35.

HOOFDSTUK 5

wen. Internationale organisaties zijn organisaties van staten, en dat beeld gaat, door de directe tussenkomst van burgers, voor de EU volgens de stroming van multilevel constitutionalisme niet (meer) op. Overtuigender is het, stellen aanhangers van het concept, om het geheel van Unie en lidstaten te bestempelen als een *Verfassungsverbund*; een verband van twee gelijkwaardige constitutionele lagen die elkaar wederzijds beïnvloeden.¹³²

Welke gevolgen heeft multilevel constitutionalisme voor de praktijk? Een eerste consequentie is dat van de voor klassieke soevereiniteitsconcepten zo belangrijke term ‘Herren der Verträge’ weinig verklarende werking meer uitgaat. Staten zijn volgens de theorie van multilevel constitutionalisme ‘slechts’ instrumenten voor de zelforganisatie van een maatschappij. Als het al zin heeft om deze term te gebruiken, dan heeft hij dus betrekking op de burgers van de Unie. Dit zou bijvoorbeeld meebrengen dat lidstaten niet zomaar uit de EU kunnen stappen, ook al voorziet het Unierecht sinds de inwerkingtreding van het VvL expliciet in deze mogelijkheid.¹³³

In het verlengde hiervan, trekt multilevel constitutionalisme ook de relevantie van het in de context van Europese integratie eindeloos bediscussieerde vraagstuk van *Kompetenz-Kompetenz* in twijfel. Deze kwestie spitst zich toe op de vraag wie er ten aanzien van de EU bevoegd is om te beslissen over de verdeling en uitoefening van bevoegdheden, en vormt zodoende een essentieel element van het debat over soevereiniteit. Cruciaal in dit verband is artikel 48 EU, dat voorschrijft hoe het Europese verdragsrecht gewijzigd kan worden. Aangezien deze bepaling het heft stevig in handen van de lidstaten legt, is het niet ongebruikelijk om op basis hiervan te concluderen dat de *Kompetenz-Kompetenz* nog altijd bij diezelfde lidstaten berust. Volgens de leer van multilevel constitutionalisme miskent deze lezing echter wederom dat Europa in de eerste plaats een Unie van burgers is. Dit impliceert ‘that there is no competence-competence of the Member States nor of the Union’.¹³⁴ Ja, artikel 48 EU speelt een sleutelrol in het constitutionele proces van het Europese multilevel systeem. Maar dan vooral als podium waarop burgers, via hun representanten, grip kunnen krijgen op de ontwikkeling van de Europese *Verfassungsverbund* als geheel. Want dat lijkt toch de voornaamste boodschap te zijn van het concept multilevel constitutionalisme: formeel gezien mogen de Unie en de lidstaten dan wellicht opereren als autonome eenheden, inhoudelijk zijn zij diepgaand met elkaar verweven. *Ergo*, als burgers in het verdragsrecht laten opnemen dat de Unie borg staat voor beginselen als vrijheid, democratie en rechtsstaat, zoals in het VvA gebeurde, dan beknotten zij hiermee tegelijkertijd de bewegingsruimte van hun afzonderlijke nationale constituties.¹³⁵ En omgekeerd wordt de Unie weer aan banden

¹³² Zie Pernice, ‘Multilevel constitutionalism in the European Union’, 517-518.

¹³³ Ibid., 518-519. Vgl. dit met Pernice, ‘The Treaty of Lisbon’, 405.

¹³⁴ Ibid., 519.

¹³⁵ Artikel 6 lid 1 VEU (oud); thans artikel 2 VEU. Vgl. ook artikel 7 VEU, dat aan de Raad, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan, de bevoegdheid geeft een lidstaat te schorsen als

gelegd door de toevoeging, in het VvM, dat zij de nationale identiteit van de lidstaten heeft te respecteren.¹³⁶

Tot slot heeft multilevel constitutionalisme ook consequenties voor een bekend dilemma dat doorgaans met *Kompetenz-Kompetenz* wordt geassocieerd: te weten de vraag wat er moet gebeuren in het geval zich een constitutioneel conflict voordoet over de grenzen tussen het Europese en nationale recht.¹³⁷ Conform haar pluralistische inborst, stelt de theorie dat hiërarchie in zo'n situatie geen uitkomst kan bieden. De verhouding tussen het Europese en nationale recht zou functioneel van aard zijn; van *a priori* voorrang van Europese regelgeving of nationaal constitutioneel recht kan daarom geen sprake zijn. Dit zou ook volgen uit de rechtspraak van het HvJ. Daaruit komt naar voren, zoals in het vorige hoofdstuk al kort werd besproken, dat toepassing van de voorrangsregel niet resulteert in de nietigheid van nationale regelgeving (*Geltungsvorrang*), maar in de buitentoepassingverklaring daarvan (*Anwendungsvorrang*).¹³⁸ Net als bijvoorbeeld het Nederlandse artikel 94 Gw, is het voorrangsbeginsel zo bezien dus bedoeld als collisieregels, geen consequentie van een rigide *Stufenbau*.

Anders dan iemand als MacCormick, wil de theorie van multilevel constitutionalisme echter niet zover gaan hieraan ook de conclusie te verbinden dat het nationale rechters zomaar is toegestaan om, op basis van het eigen nationale recht, Europese regels op hun grondgebied buiten toepassing te laten. Daarmee zouden zulke rechters namelijk de eenheid van de Europese rechtsorde op het spel zetten en, belangrijker nog, de *rule of law* een zware slag toebrengen.¹³⁹ Bovendien: in de idee van de *Verfassungsverbund* zelf ligt volgens aanhangers hiervan al besloten dat nationale rechters, zoals het *Bundesverfassungsgericht*, eigenlijk geen goede grond hebben om van hun toetsingsrecht gebruik te maken.

laatstgenoemde de in artikel 2 VEU genoemde waarden schendt. Artikel 7 VEU is overigens nog nimmer geactiveerd. Wel zijn de lidstaten er ooit toe overgegaan sancties in te stellen tegen een medelidstaat. Dit was in het jaar 2000, toen in Oostenrijk een regering aantrad waarvan de extreemrechtse partij FPÖ van Jörg Haider deel uitmaakte. De reden dat deze sancties niet gebaseerd waren op artikel 7 VEU maar buiten het Uniekader tot stand kwamen, was dat deze bepaling indertijd als voorwaarde stelde dat er sprake moest zijn van een 'ernstige en voortdurende schending' van de (toen) in artikel 6 VEU neergelegde grondbeginselen van de Unie. Inmiddels eist artikel 7 VEU alleen nog maar dat er een 'duidelijk gevaar bestaat voor een ernstige schending'.

¹³⁶ Artikel 6 lid 3 VEU (oud); thans artikel 4 lid 2 VEU.

¹³⁷ Vgl. Weiler en Haltern, 'The Autonomy of the Community Legal Order', die in dit verband een onderscheid maken tussen 'legislative *Kompetenz-Kompetenz*' en 'judicial *Kompetenz-Kompetenz*'.

¹³⁸ Zie e.g. Mayer, 'Multilevel Constitutional Jurisdiction', 428-429.

¹³⁹ Pernice, 'Multilevel constitutionalism in the European Union', 520. Dit laatste omdat de 'general rule of law requires equal application to all cases where the conditions of the rule are met, with no regard to the nationality or Member State in question. This is the very condition for the legitimacy and acceptance of European law at all: A Member State and its citizens would not feel bound by, and comply with a rule if they had no assurance that the others also do so.'

HOOFDSTUK 5

De constitutionele waarden waarvoor zij zeggen op te komen – grondrechten, identiteit – worden immers inmiddels op het niveau van de Unie gewaarborgd.¹⁴⁰ De laatste jaren is er overigens op dit punt een kentering zichtbaar. Een van de belangrijkste pluralistische aanknopingspunten, de nationale identiteitsclausule, zit sinds het VvL in een wat ruimer jasje. Dit heeft tot discussie geleid over de vraag of nationale (constitutionele) rechters bevoegd zijn de verbindendheid van Europese regelgeving ter discussie te stellen. De *communis opinio* lijkt nu te zijn dat een dergelijke actie in exceptionele gevallen en onder nadrukkelijke verwijzing naar artikel 4 lid 2 EU toch gerechtvaardigd kan zijn. Op deze vraag zal in het volgende hoofdstuk, wanneer de temperatuur van de pluralistische praktijk wordt opgemeten, nader worden ingegaan.

5.8.2 Normatief pluralisme

Een belangrijk aspect van het concept multilevel constitutionalisme is dat hiermee het belang van concepties zoals nationale soevereiniteit en autonome rechtsorde wordt gerelativeerd. De soevereiniteit in de Unie berust, voor zover het al zinvol is om hiervan te spreken, volgens deze theorie bij de gezamenlijkheid van burgers van de Unie, en zal zich nu eens op het niveau van de EU manifesteren en dan weer op het niveau van de individuele lidstaten. Gevolg van deze theoretische exercitie is dat soevereiniteit in institutioneel opzicht terugkeert als eigenschap die op Europees niveau ‘gepooled’ wordt, en daardoor nog maar moeilijk te onderscheiden valt van concrete bevoegdheden die tussen de EU en de lidstaten zijn verdeeld.¹⁴¹ Normatief pluralisme, de tweede variant van constitutioneel pluralisme die kan worden onderscheiden, verzet zich tegen deze voorstelling van zaken.¹⁴² Aanhangers van dit narratief onderschrijven dat het

¹⁴⁰ Zie Pernice, ‘Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam’, 718-719. Vgl. tevens *infra*, § 6.3.

¹⁴¹ Pernice, ‘Multilevel constitutionalism in the European Union’, 511 (‘Sovereignty is pooled at the European level, powers are shared between the Member States and their common institutions’).

¹⁴² Veel meer dan het concept ‘multilevel constitutionalisme’ is het concept ‘normatief pluralisme’ op haar beurt een containerbegrip voor verschillende concepten ten aanzien van de aard en werking van het Europese recht. Vgl. e.g. Avbelj, ‘Questioning EU Constitutionalisms’, 13-19, die wat hier normatief pluralisme wordt genoemd onderverdeelt in resp. ‘epistemic meta-constitutionalism’, ‘best fit universal constitutionalism’, en ‘harmonious discursive constitutionalism’. Deze subcategorieën corresponderen grotendeels met de opvattingen van wat algemeen als de belangrijkste denkers op het terrein van normatief pluralisme beschouwd worden: te weten Neil Walker, Miguel Poiares Maduro en Mattias Kumm. Zie voor een overzicht van deze opvattingen Avbelj en Komárek, ‘Four Visions of Constitutional Pluralism’, een weerslag van een in Florence gehouden conferentie over constitutioneel pluralisme. De belangrijkste werken van bovengenoemde auteurs over constitutioneel pluralisme zijn Neil Walker, ‘The Idea of Constitutional Pluralism’, 317; *ibid.*, ‘Sovereignty and Differentiated

constitutionele dilemma van Europa niet kan worden opgelost door vast te blijven houden aan de *idée fixe* dat soevereiniteit ofwel bij de Unie ofwel bij de lidstaten moet liggen. Zij bestrijden echter dat je dit dilemma uit de weg kunt gaan door hieraan de conclusie te verbinden dat er voor noties zoals autonomie en nationale soevereiniteit geen plek meer is.

Wat stelt het uitgangspunt van normatief pluralisme hiervoor in de plaats? Dit varieert van auteur tot auteur. Op hoofdlijnen is men het er echter over eens dat het bij soevereiniteit en autonomie in de eerste plaats draait om een claim op ultiem gezag.¹⁴³ En van zulke claims zijn er, getuige de *Costa/ENEL*-rechtspraak van het HvJ en de jurisprudentie van het Constitutionele Hof in Karlsruhe, in Europa twee in omloop. Vertrekpunt bij het concept normatief pluralisme is dat er geen objectieve manier bestaat om aan te tonen welke van deze twee claims het meest geloofwaardig is. De feitelijke uitkomst van de *Maastricht*-uitspraak – namelijk dat er meerdere versies zijn omtrent de waarheid over de werking van de Europese rechtsorde – wordt dus als een vaststaand gegeven aangenomen. Stellen, zoals gedaan wordt door het concept multilevel constitutionalisme, dat dergelijk constitutioneel gezag in Europa bij de burgers van de Unie berust, miskent volgens het concept normatief pluralisme de werkelijkheid. Ook al omdat multilevel constitutionalisme, ondanks het door de theorie beleden pluralisme, uiteindelijk uitmondt in iets dat verdacht veel lijkt op een klassiek, op hiërarchie geënt constitutioneel relaas.¹⁴⁴

De lezing dat het bij autonomie en nationale soevereiniteit in wezen draait om inwisselbare begrippen – allebei te verstaan zijn als claims op ultiem (constitutioneel) gezag – is cruciaal voor dit onderzoek. Indien zij wordt aanvaard, betekent het namelijk dat autonomie niets minder dan een verhulde aanspraak op soevereiniteit zelf is; iets waar bij de bespreking van het leerstuk van een autonome rechtsorde in het vorige hoofdstuk al op gezinspeeld werd.¹⁴⁵ In het licht

Integration in the European Union', in: Zenon Bánkowski en Andrew Scott (red.), *The European Union and its Order: The Legal Theory of European Integration* (Oxford: Blackwell Publishers 2000) 31-64; *ibid.*, 'Late Sovereignty in the European Union', in: Walker, *Sovereignty in Transition*, 3-32; Miguel Poiares Maduro, 'The Heteronyms of European Law', 5 *European Law Journal* (1999) 160; *ibid.*, 'Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action', in: Walker, *Sovereignty in Transition*, 501-537; *ibid.*, 'Interpreting European Law – Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism', Working Paper IE Law School, WPLS08-02; Mattias Kumm, 'Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?', 351; *ibid.*, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty', 11 *European Law Journal* (2005) 262.

¹⁴³ Zie e.g. Walker, 'Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union', 32-36; Maduro, 'Contrapunctual Law', 502-506.

¹⁴⁴ Zie Walker, 'Late Sovereignty in the European Union', 13-14. De theorie van multilevel constitutionalisme is verder ook op kennistheoretische gronden problematisch. Zie *infra*, § 7.3.

¹⁴⁵ Zie in deze zin ook Gráinne de Burca, 'The EU's Supremacy doctrine: Sovereignty by any other Name?', in: Walker, *Sovereignty in Transition*, 449-460.

HOOFDSTUK 5

van wat tot dusver over soevereiniteit en de aard van Europees recht gezegd is, vormt dit misschien geen schokkende onthulling. Zeker in Nederland, waar men niet gewend is om in termen van soevereiniteit te denken, zal deze conclusie toch tamelijk verrassend voorkomen.¹⁴⁶ Hier te lande valt wel te beluisteren dat voor soevereiniteit als ‘onpoolbaar’ fenomeen in de context van Europese integratie geen plaats meer is, *omdat* indertijd met de Gemeenschap een autonome rechtsorde in het leven is geroepen.¹⁴⁷ Vanuit het perspectief van normatief pluralisme, komt dat neer op stellen dat Nederland haar soevereiniteit heeft verloren, omdat zij is opgegaan in een soevereine Unie.

In hoeverre het geloofwaardig is om de leer van autonomie in de sleutel van soevereiniteit te plaatsen, is een vraag die in hoofdstuk 7 wordt geanalyseerd. Dan zal de Europese constitutionele theorievorming die in dit tweede deel wordt beschreven, met het conceptuele raamwerk dat gestalte kreeg in het eerste deel worden gecombineerd. Hier is het eerst zaak om nog wat beter grip te krijgen op de vraag wat de aanvaarding van het postulaat dat de Europese constitutionele ruimte beheerst wordt door twee concurrerende soevereiniteitsclaims, precies betekent. Kenmerkend aan normatief getinte pluralistische concepten is dat dit postulaat meer inhoudt dan alleen een deconstructie van vertogen die, al dan niet expliciet, weigeren afscheid te nemen van zuivere eenheid in het recht. Uit deze aanvaarding zou ook volgen dat soevereiniteit onderweg van karakter is veranderd. ‘The crux of this argument’, zo stelt Neil Walker, een van de voornaamste representanten van de stroming normatief pluralisme, ‘is that in the emerging post-Westphalian order, it becomes possible to conceive of autonomy without exclusivity – to imagine ultimate authority, or sovereignty, in non-exclusive terms.’¹⁴⁸ Met andere woorden: een pluralistische *Weltanschauung* stelt de jurist niet alleen voor conceptuele problemen, zij creëert ook mogelijkheden.

Onder andere, beweerdelijk, op het terrein waar het in het debat over Europese integratie sinds de jaren negentig allemaal om te doen is: dat van constitutionalisme zelf. Meest uitgesproken in dit verband is Miguel Poiares Maduro, die in het vorige hoofdstuk reeds aan het woord kwam. Volgens Maduro is pluralisme niet alleen in descriptief opzicht als notie waardevol, maar ook ‘related to a broader conception of the legitimacy of the process of European integration – one that grounds the legitimacy of European integration in its role of correcting the constitutional limits of national political communities and reshaping the notion of constitutionalism associated with those national political communi-

¹⁴⁶ Ook in een recente Nederlandse bijdrage over soevereiniteit als die van Senden en Van den Brink, ‘De Europese Unie en nationale soevereiniteit’, wordt met geen woord gerept over de mogelijkheid dat nationale soevereiniteit gerelativeerd wordt door de aanwezigheid van een tegengestelde, Europese claim op soevereiniteit.

¹⁴⁷ Zie e.g. L.J. Brinkhorst, *Europese Unie en nationale soevereiniteit*, Oratie Universiteit Leiden 2008, 8-9.

¹⁴⁸ Walker, ‘The Idea of Constitutional Pluralism’, 346. Vgl. ook R. Barents, ‘De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme’, *SEW* (2009) 44, 51.

ties.¹⁴⁹ Hiermee geeft de voormalige Advocaat-Generaal een opmerkelijke draai aan de notie constitutionalisme. Dit fenomeen is immers nauw verwant aan de idee van politieke zelfbeschikking. Deze zienswijze, stelt Maduro echter, ‘partly contradicts constitutionalism itself since it eliminates one of its mechanisms for limiting power.’¹⁵⁰ Zeker, vervolgt hij, historisch gezien is het een constante dat in federale systemen, waarin constitutionalisme op papier ook een soortgelijke temperende rol speelt, uiteindelijk een definitief antwoord wordt geformuleerd op de vraag waar het ultieme constitutionele gezag ligt. ‘But what if what makes the European legal order unique is that the open question should remain open? And what if it is the foundation of European integration in different political communities and the democratic added value arising from that together with their capacity for mutual correction of each other’s constitutional malfunctions that requires legal pluralism to be maintained?’¹⁵¹

Maduro’s visie op Europese integratie – een echo van Weilers preoccupatie met de unieke bijdrage van dit proces aan disciplines als democratie en rechtsstaat – geeft mooi weer wat als ‘ethos and *telos*’ van de Europese constitutionele ordening zou kunnen gelden. Dit omdat uit deze visie naar voren komt dat constitutioneel pluralisme niet alleen een discursief begrip is, maar ook als grondslag kan dienen voor deze ordening. Hierin verschilt Maduro van McCormick. Deze laatste vond pluralisme weliswaar een positieve ontwikkeling, maar zag, vanwege de complete zelf-referentialiteit die hij aan autonome rechtsordes toedichtte, uiteindelijk weinig ruimte om een normatieve verbinding te leggen tussen enerzijds het *Costa/ENEL*-narratief en anderzijds het *Maastricht*-narratief.¹⁵² Aanhangers van wat hier normatief pluralisme wordt genoemd, gaan niet akkoord met deze lezing. Ja, luidt de boodschap, de Europese rechtsorde is pluralistisch van aard – dit pluralistische karakter vormt zelfs één van haar voornaamste ‘assets’. Een en ander mag echter niet tot gevolg hebben dat genoemde rechtsorde desintegreert. Er moet derhalve iets van normatief cement zijn – een ‘Law of Laws’¹⁵³ – dat beide autonome of soevereine rechtsordes bij elkaar houdt.

Over hoe dit cement eruit ziet, verschillen de meningen. De Duitse hoogleraar Matthias Kumm bijvoorbeeld houdt het erop dat men voor een ‘Law of

¹⁴⁹ Maduro, ‘Contrapunctual Law’, 522.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibid., 523. Vgl. van dezelfde auteur in dit verband ook: ‘How Constitutional Can the European Union Be?’, 45 (‘The European Union is (...) a source of contestation and redeliberation of national policies, keeping national democracies “alive” and providing alternative viewpoints in their political debates.’)

¹⁵² Een ander opzicht waarin McCormick afwijkt van Maduro en ook van Walker, is dat McCormick, zoals al ter sprake kwam, het uitgangspunt van zelf-referentialiteit losknipt van het vraagstuk van soevereiniteit. Deze aanname berust beweerdelijk echter op een (overigens niet ongebruikelijke) misvatting. Zie *infra*, § 8.3.4.

¹⁵³ Zie W.T. Eijsbouts en L.F.M. Besselink, ‘Editorial: ‘The Law of Laws’ – Overcoming Pluralism’, 4 *European Constitutional Law Review* (2008) 395.

HOOFDSTUK 5

Laws' terecht kan bij de idealen die de fundering vormen van de liberaal-democratische traditie van de Verlichting; alleen dan losgemaakt van 'unnecessary statist presuppositions'.¹⁵⁴ Walker daarnaast suggereert dat zulk cement zou kunnen bestaan uit een amalgaam van 'metaconstitutional' principes; iets dat onder meer gerechtvaardigd zou zijn omdat de 'very identity and *raison d'être*' van autonome eenheden in een pluriverse wereld 'rests at least in some measure on their orientation towards other sites'.¹⁵⁵ Maduro zelf, ten slotte, zoekt het onder verwijzing naar een leerstuk dat hij 'contrapunctual law' noemt in de hoek van meer procedureel getinte principes, zoals de plicht van Europese en nationale rechters om te allen tijde de coherentie van de Europese rechtsorde in het oog te houden en hun uitspraken in universele en daarmee verifieerbare termen te gieten.¹⁵⁶ Hoe dan ook, slotsom is in ieder geval dat het Europese recht weliswaar op heterarchische wijze georganiseerd is, maar dat er desondanks bepaalde 'rules of engagement' moeten zijn om te waarborgen dat dit recht een noodzakelijk minimum aan eenheid behoudt.¹⁵⁷

5.8.3 *Politiek pluralisme*

De laatste variant van constitutioneel pluralisme, politiek pluralisme, kan in redelijk kort bestek worden afgedaan. Dit omdat zij in grote lijnen overeenstemt met normatief pluralisme. Zoals hierboven al duidelijk werd, is op het eerste gezicht het enige echte verschil tussen beide concepten dat politiek pluralisme – of 'radicaal' pluralisme¹⁵⁸ – ontkent dat de brug tussen de Europese constitutie en nationale constituties uit normatief materiaal kan bestaan. Overigens kan de scheidslijn tussen wat als 'normatief' of als 'politiek' wordt beschouwd in de praktijk erg dun zijn – met name Walkers 'metaconstitutional' principes lijken vrij elastisch te zijn. Voor een goed begrip van het concept pluralisme en de implicaties daarvan voor de studie van het Europese recht, is het niettemin belangrijk om deze scheidslijn aan de orde te stellen. Uit het bestaan hiervan komt namelijk een fundamenteel verschil van inzicht naar voren over de vraag of pluralisme, zoals Maduro beweert, als grondslag van de Europese rechtsorde kan dienen. Volgens het concept politiek pluralisme is de 'horror iuris' van elkaar concurrerende rechtsordes enkel een empirische kwestie. Hier een normatief model van maken is, in de woorden van René Barents, een belangrijke vertolker van deze stroming, 'per definitie onmogelijk omdat een autonome rechtsorde niet in staat is om de autonomie van een andere rechtsorde te erkennen zonder

¹⁵⁴ Kumm, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict', 305-306.

¹⁵⁵ Walker, 'The Idea of Constitutional Pluralism', 355-359.

¹⁵⁶ Maduro, 'Contrapunctual Law', 524-531.

¹⁵⁷ Avbelj en Komárek, 'Four Visions of Constitutional Pluralism', 20-21.

¹⁵⁸ McCormick, 'Juridical Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict', 117-121.

zich zelf van zijn autonomie te beroven.¹⁵⁹ Pluralistische theorieën die het tegendeel beweren, zo zou enigszins gechargeerd kunnen worden gesteld, zijn conceptueel gezien dus wolven in schaapskleren omdat zij, uiteindelijk net als multilevel constitutionalisme, via de achterdeur voorzien in pan-Europese eenheid en hiërarchie.¹⁶⁰

Dat de relatie tussen de Unie en de lidstaten in constitutioneel opzicht in laatste instantie wordt beheerst door ‘politieke macht’,¹⁶¹ zoals radicaal pluralistische theorieën stellen, betekent uiteraard niet dat de deur wagenwijd open wordt gezet voor constitutionele conflicten. Rechters in Europa met constitutionele rechtsmacht vormen, zoals de president van het *Bundesverfassungsgericht*, Andreas Voßkuhle, het recentelijk karakteriseerde, samen een *Verfassungsgerichtsverbund*; een variatie op de term *Verfassungsverbund* die aangeeft dat Europese en nationale rechters misschien van mening mogen verschillen over de vraag waar Europees recht zijn verbindende kracht vandaan haalt, maar dat dit meningsverschil er niet aan in de weg staat om ‘oversimplistic spatial and hierarchic concepts such as ‘superiority’ and ‘subordination’ naar het verleden te wijzen.¹⁶² Europa, zo is kortom de idee, heeft zijn eigen constitutionele cultuur, en binnen die cultuur is het een goed gebruik om samen te werken en conflicten te smoren.¹⁶³ Ondanks deze cultuur, die inderdaad onmiskenbaar in Europa aanwezig is,¹⁶⁴ moet niettemin worden vastgesteld dat het narratief van politiek pluralisme niet normatief uitsluit dat een nationale rechter op gronden die puur intern zijn aan het eigen constitutionele recht, kan besluiten een Europese regel opzij te zetten. Op zichzelf genomen hoeft dit geen ramp te zijn. ‘Das Recht lebt vom Konflikt’, en sporadische schermutselingen zouden ook kunnen bijdragen aan het genereren van nieuwe ideeën.¹⁶⁵ Al met al blijft dit gegeven toch een

¹⁵⁹ Barents, ‘De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme’, 52. Vgl. voorts Peters, ‘Rechtsordnung und Konstitutionalisierung’, 50-52.

¹⁶⁰ Dit gevaar wordt door aanhangers van normatief pluralisme overigens niet ontkend. Zie e.g. Walker, aan het woord in Avbelj en Komárek, ‘Four Visions of Constitutional Pluralism’, 17.

¹⁶¹ Barents, ‘De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme’, 51. Zie ook J. Isensee, ‘Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens’, in: Burmeister en Nierhaus, *Verfassungsstaatlichkeit*, 1263-1265.

¹⁶² Voßkuhle, ‘Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts’, 175, i.h.b. 183-184. Voßkuhle betreft ook heel nadrukkelijk het mensenrechtenhof in Straatsburg bij dit *Verfassungsgerichtsverbund*.

¹⁶³ Vgl. Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 4-10. Zelf sprak het *Bundesverfassungsgericht* al in *Maastricht* over een ‘Kooperationsverhältnis’ met het HvJ. Zie *Maastricht*, 175.

¹⁶⁴ Voßkuhle heeft dan ook een punt wanneer hij stelt dat ‘statements that describe, often in martial terms and style, the relationship between the Federal Constitutional Court and the Court of Justice as allegedly being extremely tense and intricate’ geen recht aan de werkelijkheid doen. Zie Voßkuhle, ‘Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts’, 189.

¹⁶⁵ Peters, ‘Rechtsordnung und Konstitutionalisierung’, 52. Vgl. ook Alec Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, 81-96.

HOOFDSTUK 5

betekenisvol verschil met normatief pluralisme en geeft het mooi weer dat er kennelijk onoverkomelijke grenzen zijn waarop het recht kan stuiten.¹⁶⁶

5.9 Conclusie

Weinig mensen zullen nog weerspreken dat de Europese Unie over een constitutie beschikt. Over het karakter van deze constitutie lopen de meningen echter uiteen. Constitutionele theorieën knopen vaak aan bij het subject waar zij sinds het einde van de achttiende eeuw innig mee zijn verbonden: de natiestaat. En hoewel vaak gezegd wordt dat de EU het stadium van internationale organisatie al langere tijd is gepasseerd, een staat lijkt zij niet te zijn. De rechtswetenschap staat dus voor een grote uitdaging. Zij zal, wil zij het idee van een ‘partiële staat’ conceptueel vaste grond onder de voeten geven, een manier moeten zien te vinden om een middenkoers te varen in een landschap dat van oudsher alleen maar uit internationaal en nationaal recht bestaat.¹⁶⁷

In dit hoofdstuk is uiteen gezet hoe de rechtswetenschap ooit voor een dergelijke uitdaging is komen te staan. Daarbij werd voortgebouwd op de beschrijving, in het vorige hoofdstuk, van het constitutionaliseringsproces dat begin jaren zestig werd ingezet. De arresten *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*, die in deze periode door het HvJ werden gewezen, hebben het aangezicht van het integratieproces ingrijpend en permanent veranderd. Het karakter van deze uitspraken kan met een gerust hart *revolutionair* genoemd worden. Anders dan tot op dat moment gebruikelijk was, bewerkstelligden zij dat het recht van de toenmalige EEG, onafhankelijk van nationaal recht en nationale rechters, direct en met voorrang kon doorwerken in de rechtsordes van de lidstaten. Deze machtsgrepen hadden op de lange termijn een *evolutionair* effect. Achteraf gezien stond deze rechtspraak van het Hof namelijk aan de basis van een soort Europese constitutionele ‘common law’; een stelsel van constitutionele beginselen en doctrines waarmee de claim op normatief gezag van de Unie werd opgevangen en bestendigd.

¹⁶⁶ Hierbij dient te worden aangetekend dat een normatieve pluralistische visie op het integratieproces ook niet per se uitsluit dat de *Kompetenz-Kompetenz* vraag door nationale rechters wordt geactiveerd. Zo acht Kumm, ‘The Jurisprudence of Constitutional Conflict’, 304, het in uitzonderingssituaties acceptabel dat nationale rechters Europese regelgeving opzij zetten, bijvoorbeeld wanneer de constitutionele identiteit van hun land op het spel staat. Een belangrijk verschil met de opvattingen van Barents, die net als MacCormick consequent blijft vasthouden aan de zelf-referentialiteit van rechtsordes, is wel dat deze rechters dan optreden ‘as agents of a joint common European constitutional tradition’ en niet ‘on their own national authority’.

¹⁶⁷ De term ‘partiële staat’ is geleend van R. Barents, die hem gebruikt in *Het Verdrag van Lissabon*, 715.

Lange tijd bleef dit constitutionaliseringsproces onder de radar van veel juristen. Vanaf de jaren negentig is hier echter verandering in gekomen. Het C-woord, dat in de jaren tachtig in jurisprudentie en Europese politiek begon op te duiken, kreeg toen de wind vol in de zeilen. Dit niet in de laatste plaats omdat door nationale rechters, in het bijzonder het Duitse Constitutionele Hof, kritisch was gereageerd op de architectuur die met het Verdrag van Maastricht tot stand was gekomen. Na 2005, met het mislukken van de Europese grondwet, leek het momentum voor het C-woord voorbij. Leek, want in een wat andere gedaante is de perceptie van de Europese Verdragen als onderdeel van een constitutioneel raamwerk, in ieder geval onder academici, inmiddels gemeengoed. Die gedaante-terwisseling betreft een meer materiële benadering van de bewuste problematiek. Door verschillende commentatoren wordt voorop gesteld dat in Europa een constitutionele cultuur op gang is gekomen die door verschillende rechtslagen heengaat. Wezenskenmerk van de Europese rechtsorde, volgens deze benadering, is dat zij pluralistisch is geordend; niet langer tendeert naar hiërarchie, maar uitgaat van wederzijds respect tussen nationaal en Unierecht. Resultaat van deze gedachte-exercitie is dat soevereiniteit, het oude wapen van de natiestaat, aan een nieuwe definitie toe is. In pluralistische concepties kan dit leerstuk in ieder geval niet meer dienen om eendimensionale vertogen in de lucht te houden, waarin de EU niet iets anders kan zijn dan een internationale organisatie of confederatie.

Wat is deze nieuwe definitie van soevereiniteit? Dat verschilt per pluralistische variant. Bij multilevel constitutionalisme dwingt het leerstuk in het recht niet meer tot een Archimedisches aangrijpingspunt. Bij andere pluralistische theorieën is deze eis er nog wel, maar ligt het geheim in de aanname dat de Europese rechtsorde beheerst wordt door concurrerende claims op soevereiniteit. Hoe deze interpretaties beoordeeld moeten worden, is een vraag voor later. Eerst volgt nu een schets van de constitutionele praktijk in de EU met betrekking tot thema's die vaak prominent in pluralistische schema's figureren.

Hoofdstuk 6

Pluralisme in de praktijk

6.1 Inleiding

Multilevel constitutionalisme, normatief pluralisme en politiek pluralisme zijn theorieën. En zoals in beginsel altijd het geval is met theorieën, is het doel dat zij nastreven tweeledig. Aan de ene kant proberen ze een accurate beschrijving te geven van de werkelijkheid; *in casu* de aanwezigheid in Europa van in ieder geval twee verschillende en elkaar deels overlappende rechtsordes. Aan de andere kant hebben ze ook de intentie om, met dit perspectief op de werkelijkheid in het achterhoofd, een normatief oordeel uit te spreken over het proces dat gaande is in Europa, of althans om hier vorm aan te geven. Heterarchie, de afwezigheid van een strikt verticale gezagsstructuur, wordt zo tegelijkertijd tot doelstelling gebombardeerd van dit proces. Dit geldt ook voor het op papier non-normatieve vertoog van het stel, politiek pluralisme, dat het verwateren van de relatie tussen staat en exclusiviteit duidelijk als een positieve ontwikkeling beschouwt.

In het derde en laatste deel van dit proefschrift zal een poging worden ondernomen om te analyseren in hoeverre de hierboven besproken theorieën erin slagen een overtuigend beeld te schetsen van de constitutionele situatie in Europa. Om dat te kunnen doen is echter eerst nodig scherper op het netvlies te krijgen wat precies de werkelijkheid is, die men met behulp van het paradigma constitutioneel pluralisme probeert te verklaren. Tot dusverre is er vooral in historische en rechtstheoretische zin aandacht geweest voor de omstandigheid dat zowel de EU als de lidstaten bepaalde constitutionele aanspraken maken. Maar zijn er daarnaast ook meer concrete aanwijzingen voor de bewering dat er in Europa een ontwikkeling te bespeuren is die als pluralistisch valt te kenschetsen?

Om dit na te gaan, ligt het voor de hand om wat nader stil te staan bij wat in de wereld van het recht een belangrijk deel van de werkelijkheid vormt: concrete normen en beginselen. Dit zal gepaard gaan met een bespreking van datgene waarin deze concrete normen en beginselen doorgaans vaste vorm krijgen: rechtspraak. Achtereenvolgens komen drie thema's aan de orde die in pluralistische vertogen doorgaans een belangrijke rol spelen: de prejudiciële procedure, grondrechten en nationale identiteit. Ten opzichte van de voorgaande hoofdstukken, die hoofdzakelijk beschrijvend van aard waren, is de bril die bij de bestudering van deze drie thema's wordt opgezet, wat kritischer afgesteld. Be-

HOOFDSTUK 6

halve een beeld van de constitutionele en wellicht ook pluralistische praktijk, probeert het hoofdstuk ook al een indruk te geven van de conceptuele onderbouwing hiervan. Hierbij wordt de in het vorige hoofdstuk gepresenteerde driedeling in pluralistische concepten in eerste instantie losgelaten. De merites van de drie afzonderlijke varianten zullen in de hoofdstukken hierna onder de loep worden genomen.

6.2 Pluralisme in procedurele zin: de prejudiciële procedure

Zoals reeds op meerdere plaatsen ter sprake is gekomen, is de constitutionalisering van de Unie, zeker in de beginfase van het integratieproces, in belangrijke mate het werk geweest van rechters. Weliswaar heeft de politiek niet de gehele tijd machteloos aan de zijlijn staan toekijken, het sjabloon dat in de begintijden van het Europese eenwordingsproces de bovenhand kreeg, was toch onbetwist dat van een door rechtspraak aangedreven ‘integration through law’. Dat zaken zo zouden lopen, stond allerm minst vast toen het Verdrag van Rome eind jaren vijftig werd gelanceerd. Sterker nog, recentelijk historisch onderzoek heeft aangetoond dat het model dat beleidsmakers en andere betrokkenen aanvankelijk voor ogen stond, er één was waarbinnen de ‘juristerij’ – het HvJ inclusief – een ondersteunende rol zou hebben. Integratie, zo was de gedachte, zou in de eerste plaats tot stand komen via codificatie van Europese regelgeving.¹ Aan juristen was dus vooral behoefte binnen de muren van het Berlaymont-gebouw van de Europese Commissie.

Waarom de geschiedenis een andere wending heeft genomen, wordt hier niet besproken.² Wel relevant is om de aandacht te vestigen op het procedurele middel dat het Hof in staat stelde het initiatief naar zich toe te trekken en aan een discours te bouwen van een Unie ‘die zich over de regeringen heen richt tot de volken’ van de lidstaten: de prejudiciële procedure. Behalve dat dit middel de deur opende voor de constitutionalisering van de Unie, vormt het namelijk ook een cruciaal medium via welke de voor het paradigma constitutioneel pluralisme zo belangrijke dialoog tussen Unie en lidstaten kan plaatsvinden.³ Dit omdat de prejudiciële procedure, die thans is neergelegd in artikel 267 VWEU, bij uitstek geschikt lijkt om vorm te geven aan wat de Luxemburgse rechter zelf omschrijft

¹ Zie Vauchez, ‘The transnational politics of judicialization’, 6-9; Morten Rasmussen, ‘The Origin of a Legal Revolution – The Early History of the European Court of Justice’, 14 *Journal of European Integration History* (2008) 77, 83-91.

² *Supra*, § 3.4.4.

³ Zie Cartabia, ‘Taking Dialogue Seriously’, 21.

als ‘de samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties’.⁴ Dat de procedure dit potentieel bezit, wil echter nog niet zeggen dat zij ook als zodanig functioneert. Dit is afhankelijk van meerdere factoren, bijvoorbeeld van de bereidwilligheid van nationale rechters om vragen ook daadwerkelijk voor te leggen aan het Hof en van de ruimte die laatstgenoemde aan zijn gesprekspartners in de lidstaten biedt om op een gelijkwaardige manier aan de ‘dialogoog’ deel te nemen.

6.2.1 Naar een Uniewijde rechterlijke hiërarchie

Toen het Hof in *Van Gend & Loos* de prejudiciële procedure gebruikte om de doctrine van directe werking te ontvouwen, werd hier hevig tegen geprotesteerd door drie van de indertijd totaal zes lidstaten.⁵ Hoewel de prejudiciële procedure, en zeker de variant die in het Verdrag van Rome terecht kwam,⁶ symbool stond voor het innovatieve karakter van het rechterlijke systeem dat door het oprichtingsverdrag werd opgetuigd, hadden zij niet voorzien dat dit instrument op een dergelijke wijze kon worden aangewend. De prejudiciële procedure, zo was hun veronderstelling, was ontworpen om nationale rechters in staat te stellen vragen in Luxemburg voor te leggen over de *uitleg* van Europees recht; niet, zoals volgens hen in *Van Gend & Loos* gebeurde, over de *toepassing* hiervan in de nationale rechtsordes. *In casu* had het HvJ zich wat deze drie lidstaten betreft dan ook onbevoegd moeten verklaren om op de door de Nederlandse Tariefcommissie geformuleerde vragen in te gaan. Het Hof was niet onder de indruk van dit bezwaar. Volgens de Luxemburgse rechter werd hij in *Van Gend & Loos*

⁴ Zie e.g. Zaak C-445/06, *Danske Slagterier* [2009] ECR I-2119, r.o. 65. Artikel 267 VWEU luidt: ‘Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen a) over de uitlegging van de Verdragen, b) over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, organen of instanties van de Unie. Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen voor een rechterlijke instantie van een der lidstaten, kan deze instantie, indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis, het Hof verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen. Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is deze instantie gehouden zich tot het Hof te wenden.’

⁵ Deze drie lidstaten waren Nederland, België en Duitsland.

⁶ Artikel 177 EEG, de eerste vindplaats van de prejudiciële procedure, onderscheidde zich van de prejudiciële variant die in het EGKS-Verdrag was neergelegd doordat het nationale rechters in staat stelde behalve over de *geldigheid* van Europese normen ook vragen voor te leggen over de *interpretatie* van deze normen. Zie over dit verschil Rasmussen, ‘From *Costa v ENEL* to the Treaties of Rome’, 81-82, die beschrijft dat deze toevoeging het werk was van een door de EGKS-lidstaten aangestelde *Groupe de rédaction*, een gezelschap van Europees georiënteerde juristen dat in relatieve vrijheid aan de juridische finesses van het EEG-Verdrag kon sleutelen en aldus misschien al wel bewust de kiem plantte voor de constitutionele revolutie die een paar jaar later zou volgen.

HOOFDSTUK 6

wel degelijk enkel ‘beroepen’ om te beslissen over de uitleg van de bepaling in kwestie, artikel 12 EEG; het gewicht dat de vragende rechter daaraan zou toekennen voor de beslissing van het hangende geschil was aan de beoordeling van het Hof onttrokken.⁷

Dit laatste argument klinkt enigszins onwaarachtig. Of een verdragsbepaling directe werking toekomt, is immers ontegenzeggelijk iets dat doordreunt in het nationale recht. De scheiding in verantwoordelijkheden die het Hof in *Van Gend & Loos* aanbracht, kan dan ook niet verhullen wat, zoals eerder reeds werd opgetekend, waarschijnlijk de belangrijkste erfenis van de uitspraak is; te weten dat het zichzelf als ultieme scheidsrechter aanwees ten aanzien van de aard en werking van Europese normen *binnen* de rechtsordes van de lidstaten.⁸ Wat de desbetreffende mantra wel bewerkstelligde, althans zo kan worden betoogd, is dat het Hof op deze manier de revolutionaire boodschap die het verkondigde voor zijn nationale collega’s verteerbaar maakte.⁹ Want door verre te blijven van de inhoudelijke vraag, wat het concreet opleverde dat de bewuste bepaling directe werking toekwam, zorgde het er tegelijkertijd voor dat deze collega’s belangrijke deelgenoten werden in het proces van Europese integratie. En dat was een essentiële voorwaarde om de rol van scheidsrechter met verve te kunnen vervullen. Zonder vragen immers geen grip op dit proces.

Overigens moet de stelregel dat het Hof zich in de context van artikel 267 VWEU niet buigt over de verenigbaarheid van Europees recht met nationaal recht, niet al te letterlijk worden genomen. Weliswaar houdt de Luxemburgse rechter tot op de dag van vandaag krachtig vol dat hij zich daar niet aan waagt, de praktijk wijst uit dat de grens tussen abstracte uitleg en concrete toepassing soms uitermate dun is.¹⁰ Dit is ook niet zo vreemd. Behalve dat de vragen die het Hof krijgt voorgelegd vaak erg specifiek gesteld zijn en dus ook een specifiek antwoord vereisen, is dit een gegeven dat feitelijk zit ingebakken in de doelstelling dat het Unierecht uniform in alle lidstaten moet werken. Deze doelstelling kan niet worden bereikt zonder een zekere mate van toezicht. Een en ander nuanceert wel de idee dat het relatie tussen het HvJ en nationale rechters berust op gelijkwaardige samenwerking. Zo bezien is de prejudiciële procedure namelijk niet horizontaal maar verticaal georganiseerd. Ter ondersteuning van deze conclusie kan ook gewezen worden op het feit dat het Hof al in een vroeg stadium van het integratieproces aangaf dat zijn prejudiciële beslissingen de status van precedent hebben en dus *erga omnes* werken.¹¹ Vanuit een rechtsecono-

⁷ *Van Gend & Loos*, p. 22.

⁸ *Supra*, § 3.2.2.

⁹ Zie Franz C. Mayer, ‘*Van Gend en Loos*: The Foundation of a Community of Law’, in: Maduro en Azoulai, *The Past and Future of EU Law*, 22-23.

¹⁰ Zie e.g. Thomas de la Mare en Catherine Donnelly, ‘Preliminary Rulings and EU Legal Integration: Evolution and Stasis’, in: Craig en de Búrca, *The Evolution of EU Law*, 367-368; Craig en De Búrca, *EU Law*, 473-475.

¹¹ Gevoegde zaken 28-30/62, *Da Costa en Schaake* [1963] ECR 31. Zie ook Zaak 283/81, *CILFIT* [1982] ECR 3415, r.o. 13-15.

misch perspectief was dit een logische stap. Om in een nagenoeg identieke situatie weer uitvoerig uit de doeken moeten doen wat de betekenis is van een bepaalde Europese norm, is weinig efficiënt. Door een precedentenstelsel te creëren, zorgde de Luxemburgse rechter er echter tegelijkertijd ook voor dat nationale rechters afhankelijk werden van zijn oordeel.¹²

Een soortgelijke, maar meer subtiële beweging werd eveneens zichtbaar in wat misschien wel de meest bekende uitspraak op het gebied van de prejudiciële procedure is: het *CILFIT*-arrest. In deze beslissing, die werd ingegeven door eerdere pogingen van de Franse *Conseil d'Etat* om op eigen houtje wat bewegingsruimte onder de procedure te creëren, ontwikkelde het Hof de '*acte clair*'-doctrine. Deze doctrine ontslaat een nationale rechter in laatste aanleg van de verplichting ex artikel 267 VWEU om een vraag over de uitleg van Europees recht aan het Hof Luxemburg voor te leggen, wanneer 'de juiste toepassing van het Gemeenschapsrecht zo evident is, dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan'.¹³ Op het eerste gezicht kwam het Hof hiermee tegemoet aan nationale rechters. Maar *CILFIT* 'also hides a hierarchical agenda that struggles to confirm the authority of the European Court'.¹⁴ Het HvJ verbond aan bovenstaande formulering, die op zichzelf toch al niet veel vrijheid biedt, namelijk nog een paar extra voorwaarden die het in de praktijk erg moeilijk maken om van de geboden ruimte gebruik te maken.¹⁵ Wat de Luxemburgse rechter met één hand gaf, nam hij met de andere hand zodoende terug.¹⁶ Bovendien bepaalde het Hof korte tijd later in de zaak *Foto-Frost*, op grond van weer een rekkelijke interpretatie van artikel 267 VWEU, dat het exclusief bevoegd was om de *ongeldigheid* van Europese regelgeving vast te stellen.¹⁷ *CILFIT* strekte zich dus niet over de gehele breedte van de prejudiciële procedure uit.

Hier komt verder bij dat het Hof de mogelijkheid om te ontsnappen aan de *CILFIT*-criteria in de tussentijd heeft ingeperkt door jaren later, in de *Köbler*-zaak, te bepalen dat het verzuim van een nationale rechter in dit verband een schending van het Unierecht oplevert die, mits toerekenbaar, kan resulteren in

¹² Zie Craig en de Búrca, *EU Law*, 455-456. Vgl. ook Maduro, 'Interpreting European Law', 6, die stelt dat 'the function of the European Court of Justice, under the preliminary ruling mechanism, is not solely that of helping national courts deciding individual cases. The Court must also state the law.'

¹³ *CILFIT*, r.o. 21.

¹⁴ Daniel Sarmiento, '*CILFIT* and *Foto-Frost*: Constructing and Deconstructing Judicial Authority in Europe', in: Maduro en Azoulai, *The Past and Future of EU Law*, 195-196.

¹⁵ *CILFIT*, r.o. 17-20.

¹⁶ Zie G. Federico Mancini en David T. Keeling, 'From *CILFIT* to *ERT*: The Constitutional Challenge Facing the European Court', 11 *Yearbook of European Law* (1991) 1, 4 ('The objective of the Court is plain: by granting supreme courts the power to do lawfully that which they could in any case do unlawfully, but by subjecting that power to stringent conditions, the Court hoped to induce the supreme courts to use willingly the 'mechanism for judicial cooperation' provided by the Treaty.') Sceptisch: Anthony Arnall, 'The Use and Abuse of Article 177', 52 *Modern Law Review* (1989) 622.

¹⁷ Zaak 314/85, *Foto-Frost* [1987] ECR 4199.

HOOFDSTUK 6

de aansprakelijkheid van een lidstaat.¹⁸ Tot slot is er ook nog de optie dat de Commissie een lidstaat op de vingers tikt en eventueel zelfs voor het Hof in Luxemburg sleept, als blijkt dat nationale rechters hun Europese verplichtingen onder artikel 267 WVEU met voeten treden. Lange tijd leek deze mogelijkheid vooral hypothetisch te zijn. Dit vanwege de grote gevoeligheid van een dergelijk optreden – denk aan de implicaties voor het principe van rechtszekerheid (in het bijzonder dat van *res iudicata*), de onafhankelijkheid van de rechter, en, meer in het algemeen, de relatie van het HvJ met zijn gesprekspartners in de lidstaten. Kortgeleden, in de zaak *Commissie v Spanje*,¹⁹ heeft het Hof, in samenwerking met de Commissie, evenwel laten zien dat het er niet voor terugdeinst het dreigement van een veroordeling voor schending van de prejudiciële procedure ook daadwerkelijk uit te voeren.²⁰ De feitelijke beklaagde in deze zaak, de hoogste Spaanse burgerlijke rechter, had, zonder hierover ooit een vraag in Luxemburg voor te leggen, systematisch een verkeerde interpretatie gegeven van de BTW-richtlijn.²¹ Als gevolg hiervan was jarenlang door de Spaanse overheid te weinig omzetbelasting aan de Unie afgedragen.

6.2.2 Kanttekeningen

Commissie v Spanje lijkt te bevestigen wat veel commentatoren al jaren roepen; te weten dat het Hof het rechtssysteem van de Unie met behulp van de prejudiciële procedure heeft omgevormd in een ‘Community-wide judicial hierarchy, with (itself) sitting at the apex of this hierarchy’.²² Deze ontwikkeling doet niet

¹⁸ Zaak C-224/01, *Köbler* [2003] ECR I-10239. Dit op grond van het bekende principe van staatsaansprakelijkheid zoals ontwikkeld in de bekende arresten C-6/90 en C-9/90, *Franco-vich* [1991] ECR I-5357, en C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* [1996] ECR I-1029. Vgl. ook Zaak C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo* [2006] ECR I-1209. Merk verder op dat het Hof, door niet het orgaan als zodanig maar de lidstaat aansprakelijkheid te stellen ingeval van een schending, in dit verband terugvalt op een klassiek beginsel van internationaal recht.

¹⁹ Zaak C-154/08, *Commissie v Spanje* [2009] ECR I-00187. Opvallend voor een zaak met een dergelijke impact was dat *Commissie v Spanje* geen uitspraak van de Grote Kamer vormde, niet vooraf werd gegaan door een Conclusie van een Advocaat-Generaal, en niet officieel gepubliceerd wordt. Zie hierover, met verbazing en teleurstelling: Manuel López Escudero, ‘Case C-154/08, *Commission v. Spain*, Judgment of the Court (Third Chamber) of 12 November 2009, not yet reported’, 48 *Common Market Law Review* (2011) 227.

²⁰ Inleidende beschietingen konden eerder al worden waargenomen in Zaak C-129/00, *Commissie v Italië* [2003] ECR I-14637. In dit geval werd echter niet een Italiaanse rechter als schuldige aangewezen, maar de Italiaanse wetgever; deze laatste zou wetgeving met betrekking tot bepaalde bewijsregels die op zichzelf neutraal was ten aanzien van Europese regelgeving dusdanig onduidelijk hebben geformuleerd dat met name de hoogste Italiaanse burgerlijke rechter, de *Corte suprema di cassazione*, op basis hiervan jarenlang een onjuiste uitlegging van het Europese recht had gegeven.

²¹ Richtlijn 2006/112/EG van 28 november 2005 (PB L 347/1).

²² Craig en De Búrca, *EU Law*, 443.

automatisch afbreuk aan het beeld dat Europese integratie een pluralistische dynamiek kent. Constitutioneel pluralisme is, zoals hierboven duidelijk werd, een paradigma dat is voortgekomen uit het feit dat de Unie en de lidstaten al in belangrijke mate een geïntegreerd geheel vormen. En zulke integratie was waarschijnlijk niet mogelijk geweest indien het Hof ervoor had gekozen de prejudiciële procedure op een terughoudende manier te gebruiken. Dit neemt niet weg dat een al te hiërarchisch ingestoken opvatting van artikel 267 VWEU wel een bedreiging vormt voor het concept constitutioneel pluralisme, althans wanneer dit concept op een normatieve wijze wordt benaderd. Uitgangspunt voor constitutioneel pluralisme is dat er een klimaat aanwezig is waarin een constitutionele dialoog kan plaatsvinden. Dat creëer je niet door uitsluitend met woorden te belijden dat Europese en nationale rechters in de uitbouw van de Europese rechtsorde een gezamenlijke verantwoordelijkheid hebben.²³

Een ander punt is dat kan worden afgevraagd of de koers die het Hof met *CILFIT* vaart, wel goed werkt. Een van de belangrijkste beweegredenen waarom het HvJ destijds de verplichting van hoogste rechters afzwakte om een vraag in Luxemburg voor te leggen, was dat het hen zo hoopte te verleiden vaker van de prejudiciële procedure gebruik te maken. Hoewel de laatste jaren een voorzichtige kentering zichtbaar is in dit verband,²⁴ komt hier vooralsnog echter relatief weinig van terecht, met name waar rechters in het bezit zijn van een expliciet mandaat om de eigen nationale constitutie te beschermen.²⁵ Als deze inactiviteit

²³ Zie Jan Komárek, 'In the court(s) we trust? On the need for hierarchy and differentiation in the preliminary ruling procedure', 32 *European Law Review* (2007) 467, 468-469.

²⁴ Tot op heden hebben het Belgische Grondwettelijke Hof, het Oostenrijkse *Verfassungsgerichtshof*, het Italiaanse *Corte Costituzionale*, het Litouwse *Konstitucinis Teismas* en, zoals eerder, in vn. 97 van § 3.3.3, al ter sprake kwam, laatstelijk het Duitse *Bundesverfassungsgericht* prejudiciële vragen aan het HvJ gesteld. Hierbij moet wel bedacht worden dat niet alle lidstaten over een constitutioneel hof beschikken. In Nederland bijvoorbeeld schrikt de Hoge Raad er niet voor terug om gebruik te maken van de procedure van artikel 267 VWEU. Dit geldt ook voor hoogste rechters binnen de gewone rechterlijke organisatie van landen die wel in het bezit zijn van een constitutioneel hof, zoals Frankrijk. In dit laatste land heeft de hoogste burgerlijke rechter, de *Cour de Cassation*, onlangs zelfs op basis van artikel 267 VWEU een organieke wet in twijfel getrokken die, in het kader van een recente Franse constitutionele hervorming, prioriteit verleent aan een prejudiciële procedure bij de *Conseil constitutionnel*. Dit gebeurde in de zaak *Melki*, 16 april 2010, nr. 10-40.002. In wat een geslaagde dialoog tussen enerzijds de *Conseil constitutionnel* en anderzijds het HvJ genoemd zou kunnen worden, werd deze kwestie echter in der minne geschikt, zoals o.a. tot uiting kwam in Gevoegde zaken C-188/10 en C-189/10, *Melki* [2010] ECR I-05667. Zie over deze episode: Rostane Mehdi, 'French Supreme Courts and European Union Law: Between Historical Compromise and Accepted Loyalty', 48 *Common Market Law Review* (2011) 439, 456-473.

²⁵ Denk e.g. aan de befaamde sage rond het Europese Aanhoudingsbevel, tijdens welke, van in totaal vijf constitutionele rechters die zich over deze kwestie bogen, uiteindelijk maar één constitutionele rechter, het Belgische Grondwettelijke Hof (destijds nog Arbitragehof geheten), een prejudiciële vraag voorlegde aan het Hof in Luxemburg. Zie over deze episode o.a. Daniel Sarmiento, 'The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence', 6 *International Journal of Constitutional Law* (2008) 171. Vgl. daarnaast specifiek met be-

HOOFDSTUK 6

voort zou vloeien uit het feit dat in veel gevallen evident is wat de juiste toepassing van het Unierecht is, zou dit geen probleem zijn. De praktijk lijkt evenwel uit te wijzen dat dit niet zo is;²⁶ iets dat bijvoorbeeld in het geval van het Duitse *Bundesverfassungsgericht*, een constitutionele rechters die tot voor zeer kort nog nooit een prejudiciële vraag had gesteld, twijfel doet rijzen hoe serieus men diens verzekering moet nemen dat het in een ‘Kooperationsverhältnis’ tot het HvJ staat.²⁷ Hoe dan ook werpt dit gegeven een ander licht over de zaken *Köbler* en *Commissie v Spanje*. Zo bezien zijn deze beslissingen namelijk niet zozeer bewuste pogingen om een quasi-federaal stelsel tot stand te brengen, als wel lapmiddelen om een falende benadering overeind te houden.²⁸

Of van *Köbler* en *Commissie v Spanje* afdoende afschrikwekkende werking uitgaat om rechters in laatste aanleg in het gareel te krijgen, valt op dit moment nog moeilijk te zeggen.²⁹ Een recente Tsjechische zaak tempert vooralsnog de

trekking tot de ‘dialogue’ tussen het HvJ en het Belgische Grondwettelijke Hof: Elke Cloots, ‘Germans of Pluralist Judicial Adjudication: *Advocaten voor de Wereld* and Other References from the Belgian Constitutional Court’, 47 *Common Market Law Review* (2010) 645. De uitspraken waaraan hierboven gerefereerd werd, zijn afkomstig van respectievelijk het Poolse *Trybunał Konstytucyjny* (Zaak P 1/05, 27 april 2005); het Duitse *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, 2 BvR 2236/04, 18 juli 2005); het Cypriotische Hooggerechtshof (Zaak nr. 294/2005, 7 november 2005); het Tsjechische *Ústavní soud* (Pl. ÚS. 66/04, 3 mei 2006); en zoals gezegd het Belgische Grondwettelijke Hof (Zaak nr. 124/2005, 13 juli 2005). Het prejudiciële antwoord van het Hof op deze laatste uitspraak kwam in Zaak C-303/05, *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633.

²⁶ Zie Sarmiento, ‘CILFIT and Foto-Frost’, 196-197.

²⁷ Tekenend voor deze ambivalente houding is een recent artikel van de al eerder genoemde President van het Duitse Hof, Andreas Voßkuhle, die de prejudiciële procedure aanprijst als ‘the extremely successful *Verbund* instrument of a dialogue between courts’. Ter ondersteuning van deze stelling verwijst hij in een voetnoot naar de Conclusie van A-G Kokott in Zaak C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri v Regione autonoma della Sardegna* [2009] ECR I-10821, waarin een opsomming wordt gegeven van de gevallen waarin constitutionele rechters bereid zijn geweest een prejudiciële vraag te stellen. Dit zonder erbij te vermelden dat het BVerfG zelf op dat moment niet in deze opsomming voorkwam. Zie Voßkuhle, ‘Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts’, 190. Overigens heeft het Duitse Hof wel reeds jaren geleden, in het *Solange I*-arrest, verklaard zich in beginsel gebonden te achten aan verplichtingen die in (thans) artikel 267 VWEU zijn neergelegd. Recentelijk heeft het deze bereidheid nog eens bevestigd in BVerfG 6 juli 2010, 2 BvR 2661/06 (*Honeywell*).

²⁸ Zie Jan Komárek, ‘Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order’, 42 *Common Market Law Review* (2005) 9, 31-33. Maar vgl. Arjen W.H. Meij, ‘Circles of Coherence: On Unity of Case-Law in the Context of Globalisation’, 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 84, 93-97, die om een andere reden aandringt tot wijziging van de *CILFIT*-doctrine – te weten, dat de doctrine een te strak keurslijf vormt voor nationale rechters, die, in de ogen van Meij, wel degelijk vertrouwd kunnen worden met de uitleg van Europese normen.

²⁹ Vgl. Giuseppe Martinico, ‘Preliminary Reference and Constitutional Courts: Are You in the Mood for Dialogue?’, TICOM Working Paper No. 2009/10, 15-16, die de recente ommezwaai van het Italiaanse *Corte Costituzionale* om een prejudiciële vraag aan het HvJ voor te leggen met *Köbler* in verband brengt.

verwachtingen. In de zogenaamde *Slowaakse pensioenen*-zaak deed het Tsjechische Constitutionele Hof, de *Ústavní soud*, iets dat tot dusverre nog geen enkele andere nationale rechter heeft aangedurfd: een Europese handeling *ultra vires* verklaren.³⁰ En niet zomaar een handeling. Ter discussie in de *Slowaakse pensioenen*-zaak stond een uitspraak van het Hof in Luxemburg, het *Landtová*-arrest.³¹ Volgens de *Ústavní soud* leverde deze uitspraak strijd op met artikel 10a van de Tsjechische constitutie, de bepaling op basis waarvan Tsjechië bevoegdheden kan overdragen aan internationale organisaties. Wat was er precies gebeurd? Na hun scheiding hadden Tsjechië en Slowakije een verdrag gesloten ter regeling van de uitbetaling van pensioenen die waren opgebouwd in het voormalige TsjechoSlowakije. Het Tsjechische Constitutionele Hof had op een gegeven moment een uitleg gegeven aan dit verdrag, die volgens een andere Tsjechische rechter, het hoogste bestuurshof, niet strookte met een Europese verordening met betrekking tot dit beleidsterrein. Dit hoogste bestuurshof legde de kwestie vervolgens neer in Luxemburg en kreeg daar gedeeltelijk gelijk van het HvJ. Hiermee wenste de *Ústavní soud* niet akkoord te gaan. Onder andere omdat het HvJ volgens het Constitutionele Hof had nagelaten 'to respect European history'.³²

De *Slowaakse pensioenen*-zaak is om meerdere redenen opmerkelijk.³³ Hier van belang is, allereerst, de weigering van het Tsjechische Constitutionele Hof om het Hof in Luxemburg te raadplegen terzake van de interpretatie van de betreffende verordening en, in de tweede plaats, het *ultra vires* verklaren van de uitspraak van de Europese rechter die er uiteindelijk toch kwam over de pensioenenkwestie. Je zou verwachten dat een Europese reactie, in het bijzonder van de Commissie, niet uit kon blijven na deze gang van zaken. Zo'n reactie is er echter niet gekomen. Mogelijk is dit strategie. Op een witte raaf kan men beter niet schieten, zou kunnen worden geoordeeld. Voor een dergelijk oordeel valt ongetwijfeld wat te zeggen. Waar tegelijkertijd, over de boeg van *CILFIT*, *Köbler* en *Commissie v Spanje*, in algemene zin beleid wordt uitgedragen dat gericht is op het creëren van een rechterlijke hiërarchie, getuigt de strategie evenwel van incidentenpolitiek. Zou het niet verstandiger zijn om deze benadering, meer structureel, om te vormen tot ontspanningspolitiek? Dan wordt een signaal afgegeven dat vertrouwenwekkender is dan de boodschap die in bovenstaande drie arresten ligt besloten.³⁴ En voorkomt men mogelijk dat de rechtspraak van het HvJ ten aanzien van de prejudiciële procedure contraproductief

³⁰ 31 januari 2012 XVII, Pl. ÚS 5/12 (*Slowaakse pensioenen*).

³¹ Zaak C-399/09, *Marie Landtová v Česká správa sociálního zabezpečení* [2011] ECR I-05573.

³² *Slowaakse pensioenen*-zaak, par. VII. De betreffende verordening is: Vo. 1408/71, PB 1996 L 323.

³³ Zie voor een analyse Komárek, 'Playing with Matches'.

³⁴ Zie e.g. de snedige reactie van Peter J. Wattel, Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad in: 'Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this', 41 *Common Market Law Review* (2004) 177.

HOOFDSTUK 6

gaat werken; iets dat, wat je verder ook van constitutioneel pluralisme als theorie vindt, geen goede uitkomst zou zijn. Anders dan in de begindagen van het integratieproces vertoont het Europese recht, vanwege de vergevorderde staat die dit proces heeft bereikt, in toenemende mate overlappingen met gevoelige constitutionele kwesties. Een goed en daadwerkelijk contact³⁵ met constitutionele rechters is, meer dan ooit, daarom hard nodig.³⁶

Door zowel rechtswetenschappers als leden van de Europese magistratuur zelf zijn de afgelopen jaren verschillende suggesties gedaan om de huidige praktijk van de prejudiciële procedure een andere kant op te duwen.³⁷ Geen van deze suggesties omvat wat, geredeneerd vanuit een perspectief dat de tekst van artikel 267 VWEU als vertrekpunt neemt, misschien het meest voor de hand zou liggen: de ‘loophole’ van *CILFIT* ongedaan maken en weer terugkomen op de eis dat een nationale rechter in laatste aanleg zich in alle gevallen dat de uitlegging van de Europese Verdragen aan de orde is tot Luxemburg moet wenden. Dit valt goed te begrijpen. In de eerste plaats zou de werkdruk op het Hof hierdoor nog meer toenemen dan nu al het geval is. In de tweede plaats zou een dergelijke ommezwaai op zichzelf geen enkele garantie geven dat nationale rechters in de toekomst wel opeens in de pas gaan lopen. Het enige alternatief lijkt daarom te zijn om de rechtspraak ten aanzien van artikel 267 VWEU nog verder te ‘libera-

³⁵ In dit verband zou dan ook kunnen worden opgemerkt dat Nederland zichzelf geen goede dienst bewijst door als één van de weinige landen in de Unie vast te blijven houden aan een rechterlijk systeem waarin geen plaats is voor een orgaan met (partiële) constitutionele toetsingsbevoegdheid.

³⁶ Bij dit alles speelt ook een rol dat het Hof, in tegenstelling tot bijvoorbeeld zijn collega in de Verenigde Staten, zelf geen rechter in laatste instantie is; althans niet in het kader van de prejudiciële procedure. Het bekende adagium van de Amerikaanse rechter Robert H. Jackson – “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final” – gaat daarom niet voor hem op. (*Brown v Allen*, 344 U.S. 443 (1953).) Voor het HvJ geldt, zoals één commentator terecht heeft opgemerkt, eerder, vele mate breekbaarder, het omgekeerde: de Luxemburgse rechter ‘is always right in the interpretation of EC Law not because it is final, but because it is always right’. Zie Sarmiento, ‘The Silent Lamb and the Deaf Wolves’, in: Avbelj en Komárek, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, 311.

³⁷ Meest gehoord is om de extra eisen te schrappen die het Hof in *CILFIT* aan hoogste nationale rechters stelde, in het bijzonder de zeker in een Unie van 27 moeilijk werkbaar verplichting om de verschillende taalversies van een bepaling van Unierecht naast elkaar te leggen, alvorens tot de conclusie te kunnen komen dat er sprake is van een ‘*acte clair*’. (*CILFIT*, r.o. 18). Zie e.g. A-G Ruiz-Jarabo Colomer in Zaak C-461/03, *Gaston Shul* [2005] ECR I-1051, r.o. 52, die deze eis zelfs ronduit ‘onzinnig’ noemt. Verder wordt ook wel gesuggereerd om een onderscheid aan te brengen tussen uitleggingskwesties met enerzijds een gewoon juridisch karakter en anderzijds met een constitutioneel karakter. Is het laatste het geval, dan zou een flexibilisering van *CILFIT* op haar plaats zijn. Zie Sarmiento, ‘*CILFIT* and *Foto-Frost*’, 199-200. Een meer radicale wijziging, tot slot, is afkomstig van Komárek, ‘In the court(s) we trust?’, die voorstelt om via een verdragswijziging af te dwingen dat, behoudens enkele uitzonderingen, lagere rechters de mogelijkheid wordt ontnomen om in de toekomst nog prejudiciële vragen te stellen.

liseren'. Aldus zou kunnen worden gewerkt, zo heeft Komárek betoogd, aan een 'conception which sees national courts as *true* parts of the EU judicial system'.³⁸

Tot op heden lijkt het Hof echter niet van zins zijn koers te wijzigen. In het arrest *Intermodal Transports*, een uitspraak op een prejudiciële vraag van de Nederlandse Hoge Raad, legde het nog maar eens uit waarom dit het geval is. De verwijzingsverplichting van artikel 267, derde alinea, VWEU, zo bracht het HvJ in herinnering, heeft 'met name tot doel (...) te voorkomen dat zich in een lidstaat een nationale rechtspraak ontwikkelt die niet met de regels van het gemeenschapsrecht strookt' en dient dus 'ter verzekering van de juiste toepassing en eenvormige uitlegging van het gemeenschapsrecht in alle lidstaten'.³⁹ Hierin klinkt een duidelijke echo van *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* door. De specifieke manier waarop het Hof in deze passage de prejudiciële procedure relateert aan de eenvormigheid van het Unierecht, is niet los te zien van de voorrang en autonomie hiervan. Voor iemand die zich buiten de gebaande paden van klassieke constitutionele denkschema's wenst te begeven, is dit een moeilijk te verteren gedachtengang. Voor zover er binnen een paradigma dat van constitutioneel pluralisme uitgaat sprake kan zijn van eenheid in het Europese recht, is dat een vorm van eenheid – coherentie zou misschien een beter woord zijn – die gestoeld is op samenwerking en respect voor constitutionele diversiteit.⁴⁰ Een benadering die nationale rechters tot instrument maakt om het recht van de EU, ongeacht de situatie, op eenvormige wijze in de rechtsordes van de lidstaten toe te passen, doet hier ogenschijnlijk weinig recht aan.

6.2.3 Tijd voor een koerswijziging? (Elchinov)

Een goede manier om deze problematiek te verduidelijken, is door de aandacht te verleggen naar een vraagstuk dat, net als de materie in *CILFIT* en *Foto-Frost*, raakt aan de bewegingsruimte van een nationale rechter onder de prejudiciële procedure: het beginsel van nationale procedurele autonomie. De jurisprudentie hierover gaat terug tot het arrest *Rheinmühlen I*.⁴¹ De vraag die het Hof in deze zaak kreeg voorgeschied, was of nationale wetgeving een lagere nationale rechter kon verplichten zich neer te leggen bij een oordeel van een in hoogste ressort rechtsprekende instantie, wanneer dit oordeel volgens de lagere rechter in kwestie in strijd met het Europese recht was. Het antwoord hierop was ontkennend. Volgens het HvJ bezaten nationale rechters 'de meest uitgebreide bevoegdheid' zich tot Luxemburg te wenden met prejudiciële vragen.⁴² Kon natio-

³⁸ Komárek, 'In the court(s) we trust?', 468.

³⁹ Zaak C-495/03, *Intermodal Transports* [2005] ECR I-8151, r.o. 29; 38.

⁴⁰ Vgl. Von Bogdandy, 'Founding Principles', 28-33.

⁴¹ Zaak 166/73, *Rheinmühlen I* [1974] ECR 33.

⁴² *Ibid.*, r.o. 3.

HOOFDSTUK 6

naal recht hier afbreuk aan doen, dan zou ‘de toepassing van het Gemeenschapsrecht op alle niveaus van de rechterlijke organisatie der Lid-Staten’ in gevaar komen.⁴³

Rheinmühlen I, dat korte tijd later werd gecomplementeerd met de *Simmenthal*-uitspraak,⁴⁴ betekende een belangrijke stap op weg naar het voor de Unie zo karakteristieke stelsel van gedecentraliseerde rechtspraak.⁴⁵ Rechterlijke hiërarchie is binnen dit stelsel in grote lijnen tweedimensionaal van aard. Het Hof staat aan het hoofd van deze hiërarchie; nationale rechters worden in feite, ongeacht hun rang, ingezet om het primaat van het EU-recht te handhaven.⁴⁶ Nationaal procesrecht mag, onder verwijzing naar de loyaliteitsverplichting van artikel 4 lid 3 EU, in beginsel niet in de weg staan van dit laatste.⁴⁷ Veertig jaar geleden, toen beginselen zoals dat van voorrang en directe werking nog volop in de steigers stonden, viel dit alles wellicht goed te billijken. Vandaag, in een Unie van inmiddels 27 lidstaten die (vooral nog) steeds verder constitutionaliseert, is het echter de vraag of het *Rheinmühlen I*-model nog onverkort houdbaar is. De hoogste rechters van de lidstaten, wier posities door *Rheinmühlen I* ondergraven werden, zijn door deze ontwikkelingen, als gezegd, onmisbare bouwstenen geworden om het rechterlijke systeem van de EU behoorlijk te laten functioneren.

⁴³ *Ibid.*, r.o. 4.

⁴⁴ Zaak 106/77, *Simmenthal* [1978] ECR 585. Anders dan in *Rheinmühlen I*, was de vraag in *Simmenthal* niet in hoeverre een lagere rechter aan nationale regelgeving gebonden was *nadat* een hoogste rechter uitspraak gedaan had, maar in hoeverre nationale regels hem konden verplichten in een *lopende procedure* bepaalde zaken aan een dergelijke rechter voor te leggen. Zie voor een kort en recent overzicht van de doctrine van het Hof ten aanzien van de vraag wat onder ‘de meest uitgebreide bevoegdheid’ van lagere rechters moet worden begrepen de al eerder genoemde beslissing van het HvJ in *Melki*, r.o. 40-45.

⁴⁵ Formeel kan overigens nog altijd niet van zo’n stelsel worden gesproken. Een voorstel van de discussiegroep over het HvJ binnen de Europese Conventie om dit expliciet in het GV vast te leggen, werd, na verzet hiertegen, door het Presidium afgeserveerd. Zie Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 482-483.

⁴⁶ Een uitzondering onder het oude verdragsregime (artikel 68 lid 1 EG) dat enkel rechters in laatste aanleg van een lidstaat een prejudiciële vraag mochten stellen wanneer het een kwestie betrof die geregeld was in Titel IV van het EG-Verdrag (asiel, grenscontroles, immigratie), is in het VvL komen te vervallen.

⁴⁷ In algemene zin geldt dat nationale rechters, overeenkomstig de bekende principes van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid, dienen te voorzien in een effectieve rechtsbescherming. Alleen waar dit het geval is, mogen zij vertrouwen op hun eigen nationale procesrecht; een stelregel die in het VvL min of meer is gecodificeerd in artikel 19 VEU lid 1, 2^e alinea. In specifieke zin kan voorts nog worden opgemerkt dat het Hof enkele weken na zijn beslissing in *Rheinmühlen I* bepaalde dat artikel 267 VWEU (destijds artikel 177 EEG) er *niet* aan in de weg stond dat nationale procesregels voorschreven dat de normale beroepsprocedure diende te worden doorlopen, alvorens een lagere rechter wat met zijn verwijzingsbeslissing zou kunnen beginnen. Voor het Hof deed een en ander overigens niet af aan het feit dat hij zichzelf, zonder tegenbericht, gebonden bleef achten aan de aan hem voorgelegde vraag. Zie Zaak 146/73, *Rheinmühlen II* [1974] ECR 139. Deze uitspraak is enige tijd geleden echter genuanceerd in Zaak C-210/06, *Cartesio* [2008] ECR I-9641.

Zeker of juist ook in een benadering die constitutioneel pluralisme als uitgangspunt heeft. Nationale procesautonomie, zou kunnen worden betoogd, vormt een constitutionele waarde die niet ten koste van alles op het altaar van de onvoorwaardelijke eenheid van het Europese recht mag worden geofferd. Tijd dus voor een koerswijziging?

Een mogelijkheid voor zo'n koerswijziging deed zich enige tijd geleden voor in de zaak *Elchinov*, waarin een prejudiciële vraag voorlag van een lagere Bulgaarse bestuursrechter – op zichzelf al een teken dat de tijden drastisch veranderd zijn – met betrekking tot Europese regelgeving over de grensoverschrijdende toegang tot gezondheidszorg.⁴⁸ Deze rechter had de betreffende kwestie op zijn bordje gekregen van het Bulgaarse hooggerechtshof voor bestuurszaken. Dit gebeurde nadat eerst een andere lagere Bulgaarse bestuursrechter had geoordeeld dat een besluit van het nationale ziekenfonds om de verzoeker, Elchinov, geen toestemming te verlenen om elders dan in Bulgarije een ziekenhuisbehandeling te ondergaan, in strijd was met het Europese recht. Onzeker echter of de verwijzingsbeschikking die het hooggerechtshof hem meegaf – een vernietiging van het vonnis van zijn collega-rechter – wel op juiste gronden tot stand was gekomen, besloot de lagere bestuursrechter vervolgens in Luxemburg voor te leggen of hij deze beschikking, conform de *Rheinmühlen I*-formule, mocht negeren.

In een Conclusie die bejubeld werd vanwege haar pluralistische inslag, oordeelde Advocaat-Generaal Cruz Villalón in eerste instantie van niet.⁴⁹ Volgens Cruz Villalón vormde *Rheinmühlen I* 'een arrest dat in hoge mate werd bepaald door procedurele en historische omstandigheden die geheel anders zijn dan die rond de onderhavige zaak.'⁵⁰ 'In een unidirectionele uitlegging, om het maar zo te noemen, die uitsluitend op de voorrang is gericht', zo vervolgde de Advocaat-Generaal, 'wordt die verandering licht uit het oog verloren.'⁵¹ *Elchinov* vormde daarom in de ogen van Cruz Villalón een goed moment voor een herwaardering van de bestaande praktijk; één die rekening zou houden met het feit dat nu 'evident (is) dat de hoogste rechters van de lidstaten een doorslaggevende rol spelen in het toezicht op de juiste toepassing van het unierecht.'⁵² Ter onderbouwing van deze herwaardering kwam de Advocaat-Generaal met een, gelet op de rechtspraak ten aanzien van artikel 267 VWEU, eclectische redenering die, hoewel hij dit woord zelf niet in de mond nam, model zou kunnen staan voor een pluralistische aanpak. Dit omdat zij het pluralistische stokpaardje van samenwerking tussen het Hof en nationale rechters – een mantra die bij het HvJ zelf enigszins

⁴⁸ Zaak C-173/09, *Elchinov* [2010] ECR I-08889.

⁴⁹ 'Elchinov or Is the ECJ Becoming a Pluralist Court, At Last?', gepost op 15 juni 2010, adjudicatingeurope.eu/blog/?p=467.

⁵⁰ *Elchinov*, r.o. 22 van de Conclusie van A-G Cruz Villalón.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, r.o. 23 van de Conclusie van A-G Cruz Villalón.

HOOFDSTUK 6

hol klinkt – weet te verzoenen met behoud van rechterlijke hiërarchie en daarmee ook van eenheid van het Europese recht.

Allereerst wees Cruz Villalón op de mogelijkheid, respectievelijk onder de lijn *Köbler* en onder de lijn *Commissie v Italië* (een voorloper van *Commissie v Spanje*),⁵³ om een lidstaat aansprakelijk te stellen voor de schending van een hoogste nationale rechter van zijn verplichtingen onder de prejudiciële procedure, bijvoorbeeld door de voorschriften van het *CILFIT*-arrest niet in acht te nemen.⁵⁴ Daarnaast gaf de Advocaat-Generaal het Hof in overweging ook oog te hebben voor de jurisprudentielijn die het had ingezet met de uitspraak *Kühne & Heitz*.⁵⁵ Hierin bepaalde het HvJ dat een individu, wanneer het nationale recht dat toelaat, een lagere bestuursrechter kan verzoeken een uitspraak van een bestuursrechter in laatste aanleg met gezag van gewijsde te vernietigen, indien uit een latere Luxemburgse beslissing naar voren is gekomen dat deze uitspraak in strijd is met het Europese recht. *Kühne & Heitz* kan op twee verschillende manieren worden uitgelegd. Cruz Villalón lijkt in eerste instantie vooral te willen benadrukken hoe de beginselen van rechtszekerheid en procedurele autonomie kennelijk de werking van het voorrangsprincipe kunnen beperken.⁵⁶ Hiermee, stelt de Advocaat-Generaal, vormt *Kühne & Heitz* de keerzijde van de medaille van *Köbler* en *Commissie v Italië*, en biedt de uitspraak de sleutel voor een afzwakking van *Rheinmühlen I*. Want: ‘Naarmate de hoogste rechters rechtstreeks aansprakelijk zullen worden gehouden voor hun met het unierecht strijdige beslissingen, wordt het minder klemmend te moeten inboeten aan rechtszekerheid en nationale procesautonomie ter verzekering van de doeltreffendheid van het unierecht.’⁵⁷ Kortom, het type hiërarchie dat Cruz Villalón het Hof aanbeval was er een die niet zozeer gebaseerd was op decentralisme, maar een die gefundeerd was op de eigen verantwoordelijkheid van nationale hoogste rechters binnen de Unierechtsorde, met op de achterhand het beginsel van staatsaansprakelijkheid als probaat dwangmiddel in het geval deze eigen verantwoordelijkheid zou worden misbruikt.

Wat Advocaat-Generaal Cruz Villalón in zijn Conclusie in *Elchinov* te berde bracht om de praktijk ten aanzien van de prejudiciële procedure een meer eigen-

⁵³ Zie *supra*, vn. 19.

⁵⁴ *Elchinov*, r.o. 24 van de Conclusie van A-G Cruz Villalón.

⁵⁵ *Ibid.*, r.o. 26 van de Conclusie van A-G Cruz Villalón. Zie Zaak C-453/00, *Kühne & Heitz* [2004] ECR I-837; Zaak C-234/04, *Kapferer* [2006] ECR I-2585; Zaak C-119/05, *Lucchini* [2007] ECR I-6199.

⁵⁶ *Ibid.*, r.o. 26-27 van de Conclusie van A-G Cruz Villalón.

⁵⁷ *Ibid.*, r.o. 27 van de Conclusie van A-G Cruz Villalón. Vgl. Komárek, ‘Federal Elements in the Community Judicial System’, 19-20, die juist vooral onderstreept dat de waarborg in *Kühne & Heitz* dat het nationale procesrecht van een lidstaat moet voorzien in de mogelijkheid om een in gezag van gewijsde gegane uitspraak te herzien waarschijnlijk makkelijk door te prikken is. Volgens Komárek vormde *Kühne & Heitz* dan ook eerder een versterking van de rechtszekerheid van rechterlijke beslissingen met een Europese signatuur dan van rechterlijke beslissingen met een nationale signatuur.

tijds elan te geven, werd niet door het HvJ overgenomen. Zonder zelfs maar op de argumenten van de Advocaat-Generaal in te gaan, herhaalde het Hof simpelweg wat het eerder in *Rheinmühlen I* had gezegd; namelijk dat lagere rechters niet de bevoegdheid kon worden ontnomen om een onjuiste uitleg of schending van het Unierecht aan de kaak te stellen.⁵⁸ En ook de eerste commentaren die naar aanleiding van *Elchinov* verschenen, zijn kritisch over het gedachte-experiment van Cruz Villalón; onder meer omdat de reparatiedrieslag *Köbler/Commissie v Italië/Kühne & Heitz* tot op heden relatief tandeloos zou zijn gebleken.⁵⁹ Deze kritiek is in zoverre terecht, dat het klopt dat het Hof hoge eisen stelt aan een aansprakelijkheidsstelling onder *Köbler* of *Commissie v Italië*.⁶⁰ Je mag echter aannemen – het gebruik van het woord ‘naarmate’ geeft dit ook aan – dat Cruz Villalón er bij het formuleren van zijn redenering van uit is gegaan dat dit middel niet onbenut zou blijven indien een toekomstige situatie daar aanleiding voor had gegeven; een opvatting waarin hij zich ongetwijfeld gesterkt voelde door het kort daarvoor geleverde oordeel *Commissie v Spanje*.

Al met al lijkt *Elchinov* een gemiste kans om de rechtsorde van de Unie om te vormen tot een systeem dat, althans in institutioneel opzicht, zich op pluralistische merites kan laten voorstaan. Toegegeven, het type situatie waarop de *Rheinmühlen I*-doctrine betrekking heeft, doet zich niet elke dag voor. Als zodanig is de doctrine daarom ook niet automatisch in brede zin representatief voor de praktijk ten aanzien van de prejudiciële procedure. De boodschap die het Hof afgeeft met zijn weigering om dit precedent bij te stellen, is niettemin moeilijk mis te verstaan. Om Europese integratie te bevorderen, is het wat het HvJ betreft nog steeds bovenal nodig om vast te houden aan een conceptie van eenheid die gericht is op de voorrang van Europees recht. Dat de rechtsorde van de Unie, zoals Advocaat-Generaal Cruz Villalón in *Elchinov* beweerde, ‘voldoende tot wasdom is gekomen om haar praktische doeltreffendheid tegenover de nationale rechter te kunnen waarborgen’,⁶¹ lijkt dan ook niet door het Hof onderschreven te worden.⁶² Uiteraard zijn er wel rechtvaardigingen voor deze aanpak te beden-

⁵⁸ *Ibid.*, r.o. 25-27.

⁵⁹ Zie Anne Pieter van der Mei, ‘Case C-512/08, *Commission v. France*, Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 5 October 2010, nyr, and Case C-173/09, *Georgi Ivanov Elchinov v. Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*, Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 5 October 2010, nyr’, 48 *Common Market Law Review* (2011) 1297, 1309-1311; Chris Backes en Mariolina Elantoni, ‘Taking Constitutionalization One Step Too Far? The Need for Revision of the *Rheinmühlen* Case Law in the Light of the AG Opinion and the ECJ’s Ruling in *Elchinov*’, Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2010/09, 4-9.

⁶⁰ Zo stelt het Hof in het arrest *Köbler*, r.o. 53, dat een lidstaat slechts voor een schending van het Unierecht door een rechterlijke uitspraak aansprakelijk kan worden gehouden ‘in het uitzonderlijke geval waarin de rechter het toepasselijke recht kennelijk heeft geschonden’. (Cursivering van mij, JWvR).

⁶¹ *Elchinov*, r.o. 31 van de Conclusie van A-G Cruz Villalón.

⁶² Vgl. De la Mare en Donnelly, ‘Preliminary Rulings and EU Legal Integration’, 391-393.

HOOFDSTUK 6

ken. Bijvoorbeeld dat het onverantwoord zou zijn om de teugels te laten vieren in een Unie waarvan een groot aantal lidstaten pas kortgeleden lid zijn geworden en dus nog tijd nodig hebben om de werking van het Europese recht onder de knie te krijgen. Iets anders is dat de vraag kan worden gesteld of de theorie van constitutioneel pluralisme er wel bij gebaat is als wat tot dusverre in het integratieproces de meest loyale helpers van het Hof zijn geweest, lagere nationale rechters, een stapje terug moeten doen. Zou dit proces hierdoor niet zijn motor kwijtraken?⁶³

De zwakte van dit laatste argument, zo zou kunnen worden tegengeworpen, is dat het gebaseerd is op de vooronderstelling dat het noodzakelijkerwijze een goede zaak is wanneer lagere rechters, enigszins gechargeerd, voor elk wisselwasje bij het Hof in Luxemburg terecht kunnen. In een volwassen Unie – een belangrijke premisse van het concept constitutioneel pluralisme – is het echter de vraag of deze redenering wel opgaat. Zoals Advocaat-Generaal Jacobs in de zaak *Danner* stelde, kan goed worden verdedigd dat:

‘de primaire taak van het Hof in prejudiciële procedures niet is om specifieke zaken te beslissen op basis van nauwkeurig afgebakende feiten, of om een probleem van de nationale rechter in een concrete zaak op te lossen, maar om voor iedereen in de Gemeenschap duidelijk en begrijpelijk vast te stellen wat de juiste uitlegging van het recht is, en om beslissingen van algemeen belang te geven. Het is slechts die bredere taak die de unieke procedure kan verklaren waarin de lidstaten en de Commissie systematisch worden uitgenodigd om schriftelijke opmerkingen in te dienen, ja zelfs waarom het arrest van het Hof en de conclusie van de advocaat-generaal in elke zaak in niet minder dan 11 talen wordt gepubliceerd.’⁶⁴

Met andere woorden: als het HvJ als een echt Hooggerechtshof van de Unie wil functioneren, moet het zich daarnaar ook gedragen, en dit zou kunnen meebrengen dat zowel nationale rechters als het Hof zelf een grotere mate van ‘zelfbe-

⁶³ Dat het vanuit het oogpunt van constitutioneel pluralisme niet evident is dat lagere rechters een stapje terug moeten doen, kan worden geïllustreerd aan de hand van de Conclusie van A-G Maduro in de zaak *Cartesio*. (Zie *supra*, vn. 47) Centraal in deze zaak stond de vraag wat de Europeesrechtelijke status was van een Hongaarse procesbepaling op basis waarvan een hogere nationale rechter een prejudiciële vraag van een lagere nationale rechter kon wijzigen of zelfs vernietigen. Hierop benadrukte Maduro, verklaard pluralist, dat de procedure van artikel 267 VWEU een ‘instrument (is) dat alle nationale rechters tot gemeenschapsrechters maakt’ en dat het ‘niet de bedoeling van de opstellers van het Verdrag (was) dat een dergelijke dialoog zou worden gefilterd door enig andere nationale rechter, ongeacht de rechterlijke hiërarchie in een lidstaat’. Hoewel A-G Cruz Villalón in *Elchinov* duidelijk aangaf dat *Cartesio* volgens hem van een andere orde was dan de Bulgaarse zaak in kwestie – hij differentieerde tussen de ‘opwaartse fase’ van een geding (*Cartesio*) en de ‘neerwaartse fase’ van een geding (*Elchinov*) – geven Maduro’s opvattingen, vanwege hun uitgesproken karakter, ogenschijnlijk toch blijk van een verschil van inzicht.

⁶⁴ Zaak C-136/00, *Danner* [2002] ECR I-8147, r.o. 38 van de Conclusie van A-G Jacobs. Vgl. verder Komárek, ‘In the court(s) we trust?’, 475-479.

perking' aan de dag dienen te leggen.⁶⁵ Deze redenatie kan ook worden geprojecteerd op een laatste argument dat, naast het meer algemene belang van uniformiteit, vaak wordt aangedragen ter ondersteuning van de huidige koers die het HvJ vaart: individuele rechtsbescherming, een argument dat teruggaat tot *Van Gend & Loos*. Zou meer gewicht worden toegekend aan de nationale procesgang, zo luidt dit argument, dan verliezen burgers een belangrijk middel om hun twijfels over de juiste uitlegging of geldigheid van Europese regelgeving aan te kaarten. Wederom kan echter worden afgevraagd of dit niet een prijs is die betaald zou moeten worden voor de totstandbrenging van een volwaardig pluralistisch Unierechtssysteem.

Daar komt bij dat het argument van individuele rechtsbescherming enigszins onheus aandoet nu het Hof de procedure die hiervoor op het oog specifiek bedoeld is – artikel 263 VWEU – sinds jaar en dag angstvallig afgeknepen houdt.⁶⁶ Verhult dit argument daarom in werkelijkheid niet dat het de Luxemburgse rechter er in de eerste plaats om te doen is controle uit te oefenen over de nationale rechterlijke organisatie?⁶⁷ Dit vermoeden klinkt des te wranger nu door verruiming van de toegang tot artikel 263 VWEU *en passant* nog een ander probleem opgelost zou kunnen worden dat vaak terugkeert in discussies over de prejudiciële procedure; dat van de al eerder genoemde hoge werkdruk op het Hof.⁶⁸ En laat dit nou net een probleem zijn waar pluralistisch getinte commentaren ook regelmatig over vallen. Onder andere door deze hoge werkdruk, zo is de suggestie, komt de Luxemburgse rechter namelijk minder toe aan datgene waar de prejudiciële procedure, ook volgens het HvJ zelf, uiteindelijk voor bedoeld is – het voeren van een dialoog met nationale rechters of in ieder geval deze rechters op een discursieve manier informeren over de aard van Europese normen. Wil het Hof een echt pluralistisch klimaat creëren, dan moet het, anders gezegd, minder declameren – Weiler sprak in dit verband over de veelal 'cryptic, Cartesian style' van het HvJ⁶⁹ – en meer converseren.

⁶⁵ Aldus A-G Jacobs in Zaak C-338/95, *Wiener* [1997] ECR I-6495, r.o. 18-21, een arrest dat handelde over de tariefindeling van pyjama's!

⁶⁶ Artikel 230 EG (oud). Zie Zaak 25/62, *Plaumann* [1963] ECR 207; Zaak C-263/02 P, *Jégo Quéré* [2004] ECR I-3425.

⁶⁷ De nogal geforceerde positie van het Hof in dit verband werd goed zichtbaar in Zaak C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores* [2002] ECR I-6677, waarin het enerzijds vasthield aan zijn restrictieve interpretatie van (thans) artikel 263 VWEU, maar anderzijds nationale rechters opdroeg, omwille van het beginsel van individuele rechtsbescherming, een prejudiciële vraag te stellen over de geldigheid van een Uniehandeling als zij daar door een rechtszoekende om verzocht werden. Dit terwijl het initiatief voor het stellen van zo'n vraag eigenlijk bij de nationale rechter zelf ligt.

⁶⁸ Ook al of vooral omdat onder artikel 263 VWEU in eerste aanleg beroep open staat bij het Gerecht; een mogelijkheid die ingevolge artikel 256 lid 3 VWEU in het kader van de prejudiciële procedure vrij beperkt is.

⁶⁹ J.H.H. Weiler, 'Epilogue: The Judicial Après Nice', in: Gráinne de Búrca en J.H.H. Weiler (red.), *The European Court of Justice* (Oxford: Oxford University Press 2001) 225. Vgl. ook

6.3 Pluralisme in materiële zin: grondrechten

De vraag hoe de samenwerking tussen het Hof en nationale rechters via de prejudiciële procedure verloopt, vormt een belangrijke indicatie voor de pluralistische gevoelstemperatuur in de Unie. Een gereserveerd antwoord hierop sluit als zodanig echter niet meteen uit dat er in materiële zin geen sprake kan zijn van constitutioneel pluralisme. Zelfs al verloopt deze samenwerking langs procedurele weg op sommige punten gebrekkig, dan is het nog steeds goed mogelijk dat pluralistische waarden meer onder de oppervlakte, in concrete rechterlijke uitspraken en in constitutionele bepalingen, tot bloei komen. Startpunt bij zo'n inhoudelijke beschouwing is het hierboven al ruimschoots aan de orde gekomen en voor meerderlei uitleg vatbare feit, dat het Hof en (bijna alle) hoogste nationale rechters van mening verschillen over de vraag wat in laatste instantie de grondslag van de gelding van het Europese recht is – de Europese Verdragen zelf of nationale constituties. Dit verschil van inzicht heeft genoemde actoren alsmede politici, zeker het afgelopen decennium, echter niet belet om in de tussentijd met een breed palet aan oplossingen te komen, teneinde de angel uit dit potentiële conflict te halen en, meer in algemene zin, aan een constitutionele cultuur te werken die gebaseerd is op wederzijds respect. Wat hieronder volgt, is een weerslag van deze strategie, die, hoewel succesvol met betrekking tot het voorkomen van conflicten, toch ook wel weer de nodige vragen oproept. De nadruk hierbij ligt op twee thema's die overigens in sterke mate elkaar verweven zijn: grondrechten en nationale identiteit.

6.3.1 Centralisering van grondrechtenbescherming

Grondrechten worden al geruime tijd op het niveau van de Unie beschermd. Vanwege de constitutionele machtsgrepen die eerder door het Hof in de arresten *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* waren gedaan, werd op een zeker moment simpelweg onhoudbaar dat Europese regelgeving niet aan fundamentele normen onderhevig was.⁷⁰ Hoewel activistisch in de zin dat het Verdrag van Rome niet of nauwelijks in grondrechten voorzag, was de rechtspraak die aldus gestalte kreeg dan ook niet heel erg controversieel.⁷¹ Ook al omdat de beleidsterreinen

Henri de Waele, 'The Role of the European Court of Justice in the Integration Process: A Contemporary and Normative Assessment', 6 *Hanse Law Review* (2010) 3, 24-25.

⁷⁰ Zie *supra*, § 4.6 en § 5.5.

⁷¹ Wel zijn er, ook nadat het EVRM een belangrijk richtinggevend kader voor het HvJ is gaan vormen, altijd zorgen gebleven over het feit dat de grondrechten die op het niveau van de Unie beschermd werden een *ongeschreven* karakter hadden. Dit gegeven heeft dan ook een rol gespeeld bij de beslissing, in 1999, om een specifiek op de Unie toegesneden grondrechtenhandvest te vervaardigen. Zie Miguel Poiaras Maduro, 'The Double Constitutional Life of

waarover deze regelgeving zich uitstreckte, in de begindagen nog relatief beperkt in aantal waren en de kans dus niet bijzonder groot was dat er op grote schaal problemen met grondrechten zouden ontstaan.⁷² Niettemin lag de kwestie gevoelig genoeg om de eerste gevallen van constitutionele ‘dialog’ (of, zo men wil, constitutioneel ‘verzet’) uit te lokken. Met name het Duitse antwoord op de ontlukende grondrechtenrechtspraak van het HvJ, de *Solange I*-uitspraak, heeft altijd tot de verbeelding gesproken. Hierin oordeelde het *Bundesverfassungsgericht* dat zijn collega in Luxemburg weliswaar bevoegd was om op het terrein van de Gemeenschap een adequaat niveau van bescherming aan te brengen, maar dat dit hem er in de toekomst niet van zou weerhouden om in te grijpen als Duitse grondrechten in het gedrang zouden komen.⁷³

Inmiddels heeft Karlsruhe zijn *Solange*-doctrine zodanig afgezwakt dat de kans op een daadwerkelijke ingreep op het terrein van grondrechten thans zuiver theoretisch lijkt.⁷⁴ Dat neemt niet weg dat de doctrine nog steeds mooi aangeeft wat de hindernissen zijn die zich in het debat over grondrechten in de EU aandienen en waar, als zodanig, ook een grote uitdaging ligt voor theorieën die het verband van Unie en lidstaten in pluralistische termen proberen te verklaren. In de eerste plaats is er het dilemma van de aard van grondrechten. Voor het Duitse Hof was het – en is het formeel nog steeds – evident om te benadrukken dat er een inherent verschil bestaat tussen grondrechtenbescherming op nationaal niveau en op Europees niveau. Dit heeft als reden dat zowel de traditie waarin grondrechten staan als de specifieke catalogus van grondrechten waaraan gewicht wordt toegekend, per land verschillend is. Grondrechten, kortgezegd, zeggen wat over de identiteit van een land.⁷⁵ Het is, wat de universele aspiraties van fundamentele rechten ook mogen zijn en hoeveel overlap er ook aanwezig is tussen internationale, regionale en nationale grondrechtenregimes, derhalve niet zomaar mogelijk om de bescherming hiervan naar een ander niveau over te he-

the Charter of Fundamental Rights’, in: Erik Oddvar Eriksen e.a. (red.), *The Chartering of Europe* (Baden-Baden: Nomos 2003) 201. Vgl. verder Gráinne de Búrca, ‘The Evolution of EU Human Rights Law’, in: Craig en de Búrca, *The Evolution of EU Law*, 467-475, die beschrijft hoe in de periode voorafgaand aan de opstelling van het VvR wel pogingen zijn gedaan om grondrechten in het integratieproces een prominente rol toe te bedelen.

⁷² Vgl. Bryde, ‘The ECJ’s fundamental rights jurisprudence’, 120-122, die suggereert dat de werkelijke reden dat met name in Duitsland juristen en politici veel ophef maakten over het dossier grondrechten dan ook gelegen was in feit dat men zich verzette tegen supranationaal gezag als zodanig. Met nationale grondrechten als verweer werd gehoopt dit ‘gevaar’ te beteugelen; iets dat een andere wending kreeg doordat het HvJ besloot grondrechten op Europees niveau te gaan beschermen.

⁷³ BVerfG 29 maart 1974, 37, 271 (*Solange I*). Zie verder van het Italiaanse *Corte Costituzionale* omstreeks dezelfde tijd: zaak nr. 183/73, 27 december 1973, *Frontini*, 18 Giur. Cost. I 2401.

⁷⁴ Zie met name BVerfG 22 oktober 1986, 73, 339 (*Solange II*). Zie ook *supra*, § 3.3.2.

⁷⁵ Vgl. J.H.H. Weiler, ‘Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the European legal space’, in: *ibid.*, *The Constitution of Europe*, 102-107.

HOOFDSTUK 6

velen. Deze medaille heeft echter een keerzijde. Wat geldt voor de individuele lidstaat, geldt *mutatis mutandis* ook logischerwijze voor de Unie. Zou dit anders zijn – dat wil zeggen, zou wat er op het niveau van de Unie aan grondrechten wordt beschermd een simpele optel- of aftreksom zijn van het scala aan grondrechten in de constituties van de lidstaten – dan zou het Hof in concrete gevallen onherroepelijk op grote problemen stuiten bij de weging van grondrechten.⁷⁶ Vandaar dat het al in een vroeg stadium aangaf dat de bescherming van fundamentele rechten, ‘ofschoon uit de gemeenschappelijke constitutionele traditie der Lid-Staten voortvloeiende, in het kader van het *communautaire bestel* en van de doelstellingen der Gemeenschap moet worden verzekerd’.⁷⁷

Hoewel de constitutionele tradities van de lidstaten op het punt van de bescherming van grondrechten nog steeds een belangrijke inspiratiebron voor het Hof vormen – artikel 6 lid 3 VEU schrijft dit ook expliciet voor – hebben zij, door de komst van het Handvest van de grondrechten,⁷⁸ onmiskenbaar aan betekenis ingeboet voor wat betreft de vraag wat binnen een EU context als een fundamentele waarde heeft door te gaan.⁷⁹ De centralisering van deze bescherming op het niveau van de Unie, de andere kant van de medaille waar zojuist aan gerefereerd werd, heeft zich in de loop der jaren dus onverminderd en, met

⁷⁶ Het HvJ kiest bij de identificatie van grondrechten dan ook niet automatisch voor een ‘maximum’ dan wel ‘minimum standard’. Een goed voorbeeld om te illustreren waarom een dergelijke aanpak binnen de Unie, waarvan het recht anders dan bijvoorbeeld het EVRM rechtstreeks doorwerkt, gedoemd is te mislukken biedt Zaak C-159/90, *Grogan* [1991] ECR I-4685. In dit bekende arrest werd het Hof geconfronteerd met een conflict tussen het vrije verkeer van diensten en het Ierse grondwettelijke verbod op abortus. Zou het HvJ in deze zaak het recht op leven op het schild gehesen hebben, dan had dit in andere lidstaten, met een liberaler beleid ten aanzien van abortus, tot problemen kunnen leiden in verband met het recht op privacy.

⁷⁷ *Internationale Handelsgesellschaft*, r.o. 4. (Cursivering van mij, JWvR.) Vgl. daarnaast Zaak 44/79, *Hauer* [1979] ECR 3727, r.o. 14, waarin het Hof uitlegt dat een exclusief op het constitutionele recht van de lidstaten geënte grondrechtenjurisprudentie funest zou zijn voor de eenheid van de gemeenschappelijke markt.

⁷⁸ Het Handvest, dat in 2000 tot stand kwam, is bindend geworden met de inwerkingtreding van het VvL. Anders dan in het GV, is het niet integraal in het VvL opgenomen. Aan de bindende kracht van het Handvest doet dit feit echter geenszins af (zie artikel 6 lid 1 VEU). Problematischer is dat het VK, Polen en later ook Tsjechië in een aan het VvL gehecht protocol (nr. 30) hebben laten opnemen dat de verbindende kracht van het Handvest ten aanzien van hun rechtsordes beperkt is. Volgens Barents, ‘Het Verdrag van Lissabon’, 513-514, vormt dit protocol ‘een inbreuk op het universele en ondeelbare karakter van grondrechten’ en moet tegen ‘deze achtergrond ernstig betwijfeld worden of (...) de Unie daadwerkelijk tot een grondrechtengemeenschap is geworden.’ In een recent arrest – Gevoegde zaken C-411/10 en C-493/10, *N.S. v Secretary of State for the Home Department* [2011] ECR I-13905 – heeft het Hof echter duidelijk gemaakt dat Protocol nr. 30 de betreffende lidstaten geen carte blanche geeft om zich aan de werking van het Handvest te onttrekken.

⁷⁹ Vgl. Cartabia, ‘Taking Dialogue Seriously’, 3-5, die een toegenomen zelfbewustzijn van het HvJ als grondrechtenhof signaleert vanaf het moment dat het Handvest in 2000 tot stand kwam.

de wijsheid van achteraf, volgens een ook wel verklaarbaar stramien doorgezet. Was grondrechtentoetsing beperkt gebleven tot puur Europese handelingen, dan had deze ontwikkeling (die overigens al halverwege de jaren zeventig gestalte kreeg doordat het EVRM in toenemende mate de plaats van de constitutionele tradities van de lidstaten als richtinggevend kader innam)⁸⁰ nog steeds waarschijnlijk niet ontzettend veel voeten in de aarde gehad. Dit is echter niet wat gebeurd is. In wat wel de derde fase wordt genoemd van grondrechtenbescherming op het niveau van de Unie, is het HvJ vanaf eind jaren tachtig namelijk ook *nationale* regelgeving gaan toetsen op haar verenigbaarheid met Europese grondrechten. In dit verband heeft met name de zogenaamde *ERT*-lijn altijd veel losgemaakt. In deze bekende zaak werd het Hof geconfronteerd met de vraag of de Griekse overheid een wet kon handhaven die aan een radio- en televisiebedrijf exclusieve rechten verleende om in Griekenland uitzendingen te verzorgen.⁸¹ Ter verdediging van deze exclusieve rechten deed de Griekse regering een beroep op de artikelen 56 en 66 EEG (thans artikelen 52 en 62 VWEU); de derogatieclausules met betrekking tot het vrije verkeer van diensten. Op dit verweer gaf het Hof het volgende antwoord:

‘(W)anneer een Lid-Staat zich beroept op het bepaalde in artikel 56 juncto artikel 66 ter rechtvaardiging van een regeling die de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting kan belemmeren, moet deze door het gemeenschapsrecht geboden rechtvaardigingsgrond worden uitgelegd in het licht van de algemene rechtsbeginselen en met name de fundamentele rechten (*in casu* de vrijheid van meningsuiting, JWvR). Aldus kan de betrokken nationale regeling slechts in aanmerking komen voor de in artikel 56 juncto artikel 66 genoemde uitzonderingen, wanneer zij in overeenstemming is met de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert.’⁸²

Ergo, als een lidstaat met succes een beroep kan doen op een van de in het Verdrag genoemde uitzonderingsbepalingen, betekent dit niet dat hij zich daarmee ook buiten de reikwijdte van het Unierecht begeeft – hoezeer deze bepalingen soms ook verbonden zijn met klassieke concepties omtrent ‘nationale soevereiniteit’.⁸³

⁸⁰ Zie Zaak 36/75, *Rutili* [1975] ECR 1219.

⁸¹ Zaak C-260/89, *ERT* [1991] ECR I-2925. De andere lijn die in dit verband kan worden waargenomen, gaat terug tot Zaak 5/88, *Wachauf* [1989] ECR 2609. Hierin bepaalde het Hof dat de lidstaten ook aan Europese grondrechten zijn gebonden wanneer nationale regelgeving Europese normen ten uitvoer brengt. Deze lijn is inmiddels behoorlijk opgerekt, en beslaat, behalve gevallen waarin nationale autoriteiten, vanwege de smalle marges die zij hebben bij de uitvoering van Europese besluiten, als ‘agent’ van de Unie kunnen worden beschouwd, ook gevallen waarin maatregelen die worden geïmplementeerd slechts minimumharmonisatie beogen. Zie e.g. Gevoegde zaken C-379/08 en C-380/08, *ERG* [2010] ECR I-2007.

⁸² *ERT*, r.o. 43.

⁸³ Zie Mancini en Keeling, ‘From *CILFIT* to *ERT*’, 11-12.

HOOFDSTUK 6

De *ERT*-uitspraak heeft verstrekkende gevolgen gehad. Dit is met name zichtbaar geworden op het politiek gevoelige terrein van asiel en immigratie; nationale wetgeving ten aanzien hiervan kan met een zekere regelmaat op een kritische respons van het Hof rekenen in het licht van het door artikel 8 EVRM beschermde recht op gezinsleven.⁸⁴ Commentatoren zijn niet onverdeeld positief over deze ontwikkeling.⁸⁵ Vaststellen dat een lidstaat terecht op een derogatiebepaling heeft vertrouwd, is één ding. Maar is het ook aan het HvJ om tegelijkertijd na te gaan of nationale regelgeving geen grondrechten schendt?⁸⁶ Presenteert de EU zich op deze manier niet wat al te nadrukkelijk als mensenrechtenorganisatie? En is voor die taak, als mocht blijken dat nationale rechters in de bescherming van grondrechten tekortschieten, niet juist het Hof in Straatsburg in het leven geroepen? Aan de andere kant: wanneer een lidstaat met een beroep op een nationaal publiek belang weet te ontsnappen aan een vrijheid of recht dat door het Verdrag wordt gegarandeerd, is het wel een beetje wrang dat een rechtszoekende die hier aanspraak op meent te kunnen maken, daarbovenop ook nog eens de kans loopt in zijn grondrechten geschaad te worden. Is het, om met Weiler te spreken, daarom ‘so revolutionary that when the Member States avail themselves of a Community-law-created derogation they respect too the fundamental rights, deriving from the constitutional traditions of the Member States...?’⁸⁷

Met deze laatste vraag van Weiler is, zoals de nestor van het Europese constitutionele recht overigens verderop ook onderkent, alleen niet het hele verhaal rond de *ERT*-jurisprudentie verteld. Aangezien Europese grondrechten dankzij deze rechtspraak rechtstreeks en concreet in de rechtsordes van de lidstaten doordringen, vindt niet alleen een transformatie plaats wat betreft de aard van

⁸⁴ Zie e.g. Zaak C-413/99, *Baumbast* [2002] ECR I-7091; Zaak C-60/00, *Carpenter* [2002] ECR I-6279; Zaak C-109/01, *Akrich* [2003] ECR I-9607. Vgl. Eleanor Spaventa, ‘Federalisation Versus Centralisation: Tensions in Fundamental Rights Discourse in the EU’, in: Michael Dougan en Samantha Currie (red.), *50 Years of the European Treaties* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2009) 349-352.

⁸⁵ Zie e.g. voormalig A-G Francis G. Jacobs, ‘*Wachauf* and the Protection of Fundamental Rights in EC Law’, in: Maduro en Azoulai, *The Past and Future of EU Law*, 137-138.

⁸⁶ Interessant genoeg schrijft artikel 51 lid 1 van het Handvest van de grondrechten voor dat de bepalingen die daarin voorkomen ‘zijn gericht tot de instellingen en organen van de Unie (...) en tot de lidstaten, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.’ Dit zou kunnen worden opgevat als een expliciete afwijzing van de *ERT*-rechtspraak door de lidstaten. Zo bezien valt namelijk alleen de *Wachauf*-lijn onder de werkingssfeer van het Handvest. De meeste commentatoren houden het er echter op dat een dergelijke enge interpretatie niet overtuigend is. Zie e.g. Piet Eeckhout, ‘The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question’, 39 *Common Market Law Review* (2002) 945; Craig, ‘The Lisbon Treaty’, 210-213; Barents, ‘Het Verdrag van Lissabon’, 547-548. Het Hof heeft recentelijk, in Zaak C-617/10, *Akerberg Fransson*, 7 mei 2013, nng, een ruime lezing van artikel 51 lid 1 bevestigd.

⁸⁷ Weiler, ‘Fundamental rights and fundamental boundaries’, 123. Vgl. daarnaast Spaventa, ‘Federalisation Versus Centralisation’, 350.

grondrechten, maar krijgt ook de vraag *wie* er bevoegd is vast te stellen wat de bescherming hiervan oplevert extra lading. Met andere woorden: de reden waarom de *Solange*-problematiek nog steeds actueel is, is ook dat het Hof zich meer macht heeft toegeëigend dan aanvankelijk misschien verwacht werd. Men zou wat betreft dit argument kunnen tegenwerpen dat in de praktijk aan nationale rechters overgelaten wordt om *in concreto* te toetsen of een nationale regeling verenigbaar is met een door het HvJ naar voren geschoven grondrecht. Maar nog afgezien van het feit dat dit niet altijd het geval blijkt, belandt men zo weer bij het dilemma dat in de vorige paragraaf aan de orde kwam, te weten of de notie van een gedecentraliseerd Europees rechterlijk systeem wel het aangewezen paradigma vormt voor een pluralistische Unie.⁸⁸ Want decentralisatie, zo bleek, heeft als belangrijke ondertoon dat het gericht is op een vrij strikte uniforme uitleg en toepassing van EU recht.

Ter illustratie van deze dynamiek kan worden gewezen op de recente *Melloni*-uitspraak.⁸⁹ In deze zaak kreeg het Europese Hof een prejudiciële vraag voorgelegd van het Spaanse Constitutionele Hof over de mogelijkheid om via een beroep op een Spaans grondrecht af te wijken van de regeling over het Europese arrestatiebevel. De *Melloni*-casus vormt daarmee in zekere zin het spiegelbeeld van de situatie in *ERT*: een *nationaal* grondrecht werd ingeroepen om te derogeren van een *Europese* maatregel. Het HvJ gaf een ontkennend antwoord op de vraag van het Spaanse Hof. De betreffende regeling voorzag volgens het HvJ in een uitputtende opsomming van de mogelijkheden tot derogatie en, hier vooral van belang, kon een toets aan de evenknie van het Spaanse grondrecht in het Handvest van de grondrechten doorstaan.⁹⁰ Onder deze omstandigheden kon wat betreft de Luxemburgse rechter geen toepassing plaatsvinden van artikel 53 van het Handvest, dat – toonbeeld van pluralisme? – bepaalt dat rechten uit het Handvest geen beperking mogen inhouden van grondrechten die op nationaal niveau worden beschermd. Zou dat wel mogelijk zijn, dan zou de voorrang en uniforme werking van het Unierecht in gevaar komen.⁹¹

⁸⁸ Vgl. Zdeněk Kühn, 'Wachauf and ERT: On the Road from the Centralised to the Decentralised System of Judicial Review', in: Maduro en Azoulai, *The Past and Future of EU Law*, 153-155.

⁸⁹ Zaak C-399/11, *Melloni*, 2 oktober 2012, nng. Vgl. Jan-Herman Reestman en L.F.M. Bes-selink, 'Editorial: After Åkerberg Fransson and Melloni' 9 *European Constitutional Law Review* (2013) 169.

⁹⁰ De zaak had betrekking op het recht op een eerlijk proces. Dit recht is vervat in art. 24 lid 2 van de Spaanse Grondwet en art. 47 en 48 lid 2 van het Handvest.

⁹¹ *Melloni*, r.o. 58.

HOOFDSTUK 6

6.3.2 *Het onverzoenbare verzoend?*

Vanuit het perspectief van soevereiniteit is *Solange I* een rechterlijke uitspraak die laat zien dat er grenzen zitten aan de wijze waarop grondrechtenbescherming mogelijk is buiten de primaire constitutionele bastions van een politieke gemeenschap. Op zichzelf is dit niet iets dat in strijd komt met het pluralistische gedachtegoed. Sterker nog, pluralisme veronderstelt juist dat grondrechten geen constitutionele eenheidsworsten zijn. Waar een nationaal getint narratief wel in botsing kan komen met meer pan-Europese pluralistische vertogen, is de vraag hoe moet worden opgetreden op het moment dat de mogelijkheid van een concreet conflict over grondrechteninterpretatie aan de juridische horizon verschijnt. In een dergelijk geval krijgt de ‘c’ uit constitutioneel pluralisme in laatstgenoemde vertogen meestal de overhand. Actoren – nationale rechters, Europese rechters, politici – moeten waar mogelijk voorkomen dat zulke conflicten zich voordoen. Nu licht het feit op dat grondrechten in aanleg universeel van aard zijn. Een handzame oplossing in dit verband, die wel wat weg heeft van de *Solange*-doctrine, maar tegelijkertijd meer betrokkenheid van de nationale rechter toont, werd enige tijd geleden aangereikt door de Franse *Conseil d’Etat*, ooit een notoire dwarsligger in het proces van Europese integratie. Gevraagd naar de verenigbaarheid van een richtlijn over de handel in broeikasgasemissierechten met het Franse gelijkheidsbeginsel, stelde deze in het arrest *Arcelor* dat hoewel toetsing aan de Franse Grondwet als laatste redmiddel mogelijk blijft, deze zelfde Grondwet (artikel 88-1 Const.) in eerste instantie meebrengt dat gekeken moet worden of het Europese gelijkheidsbeginsel gelijkwaardige bescherming biedt. Is dit het geval, zo oordeelde de *Conseil d’Etat*, dan dient de nationale rechter het opgeworpen conflict tussen Europese regelgeving en nationaal constitutioneel recht te vertalen in een conflict tussen Europese regelgeving en Europees constitutioneel recht, en, indien op dat moment twijfel ontstaat over de geldigheid van de Europese norm in kwestie, te dien aanzien een prejudiciële vraag voorleggen in Luxemburg.⁹²

Volgens Advocaat-Generaal Maduro, die het prejudiciële arrest in *Arcelor* van een Conclusie voorzag, blijkt uit deze benadering dat ‘het onverzoenbare te (...) verzoenen’ is.⁹³ De ‘concurrerende aanspraak op juridische soevereiniteit’ die hiermee door de *Conseil d’Etat* zichtbaar wordt gemaakt, aldus Maduro, is namelijk ‘de uiting zelf van het juridische pluralisme dat kenmerkend is voor het Europese integratieproces.’⁹⁴ Tegelijkertijd laat de Advocaat-Generaal er echter geen misverstand over bestaan dat het niet de bedoeling is dat de Franse rechter

⁹² CE 8 februari 2007, petition No. 287110 (*Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*).

⁹³ Zaak C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine* [2008] ECR I-9895, r.o. 15 van de Conclusie van A-G Maduro.

⁹⁴ *Ibid.*

ooit werkelijk gebruik zal maken van zijn voorbehoud om Europese normen te toetsen aan de eigen grondwet:

‘(D)e Conseil d’État (vermoedt) terecht dat de fundamentele waarden van zijn grondwet en die van de communautaire rechtsorde gelijk zijn. Die structurele congruentie kan echter alleen worden gewaarborgd op systemisch vlak en enkel op gemeenschapsniveau en door middel van de in het Verdrag bepaalde mechanismen. Het is deze systemische identiteit die in artikel 6 EU (thans artikel 2 en artikel 6 lid 3 EU, JWvR) in herinnering wordt gebracht en die waarborgt dat de nationale grondwetten niet worden geschonden, ook al kunnen deze niet langer als referentie worden gebruikt bij de toetsing van de wetigheid van gemeenschapshandelingen. Indien dit laatste het geval was, zouden er in sommige lidstaten uitzonderingen kunnen zijn op de toepassing van gemeenschapshandelingen en niet in andere, aangezien de inhoud en de instrumenten ter bescherming van de nationale grondwetten aanzienlijk verschillen. Een dergelijk resultaat zou in strijd zijn met de beginselen van artikel 6 EU, in het bijzonder met de opvatting dat de Gemeenschap een rechtsgemeenschap is. Indien met een beroep op de nationale grondwetten een selectieve en discriminerende toepassing van de gemeenschapsnormen in de Unie zou kunnen worden opgelegd, zou met andere woorden paradoxaal genoeg niet langer overeenstemming bestaan tussen de communautaire rechtsorde en de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben. (...) De voorrang van het gemeenschapsrecht is dus wel degelijk een existentiële eis van de rechtsorde van een rechtsgemeenschap.’⁹⁵

Al met al blijft men na lezing van deze passage toch een beetje in verwarring achter. Wat is ‘het juridische pluralisme’ van het integratieproces namelijk waard als het nationale rechters in uitzonderingsgevallen ontbreekt aan de mogelijkheid om hun constituties in te roepen? Hier zou tegenin kunnen worden gebracht dat het vanuit een pluralistisch perspectief nu eenmaal onmogelijk is om de stellingen van de eigen rechtsorde te verlaten. Dit perspectief, dat zoals eerder naar voren kwam vooral het perspectief is van de stroming van politiek pluralisme, lijkt zich echter slecht te verdragen met Maduro’s opmerking dat er sprake is van ‘structurele congruentie’ tussen de Europese rechtsorde en de grondwettelijke ordes van de lidstaten.

Iets anders is dat het in de zaak *Arcelor* ook wel relatief makkelijk was om tot een vergelijk te komen over de gemeenschappelijkheid van de juridische waarde in kwestie. De regeling die werd aangevochten was namelijk een Europese. Spannender wordt het indien een nationale regel ter discussie wordt gesteld. Dan doet, zoals hierboven duidelijk werd gemaakt, het risico van ‘judicial colonialism’ zich immers pas echt goed voelen.⁹⁶ Dit is helemaal het geval wanneer het Hof zich, zoals de afgelopen jaren ook wel is voorgekomen, buiten de paden van *ERT* begeeft en Europese grondrechten gaat toepassen op situaties die feitelijk (nog) buiten de werkingssfeer van het Verdragsrecht vallen. Zoiets der-

⁹⁵ *Ibid.*, r.o. 16.

⁹⁶ Cartabia, ‘Taking Dialogue Seriously’, 1-21.

HOOFDSTUK 6

gelijks gebeurde onder andere in de zaak *Mangold*.⁹⁷ In deze uitspraak oordeelde het Hof dat een Duitse wet die, met het oog op een flexibele arbeidsmarkt, toeliet dat bij het bepalen van de duur van contracten onderscheid werd gemaakt op basis van leeftijd, strijdig was met een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd; iets dat zou voortvloeien uit diverse internationale instrumenten en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten. Het ging hier toe over na eerst geconstateerd te hebben dat een beroep op een richtlijn waarin dit beginsel reeds als norm was neergelegd, geen soelaas bood in de betreffende zaak.⁹⁸ De criteria waaronder een richtlijn directe werking kan hebben waren in *Mangold* namelijk niet vervuld. De vondst van een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, of liever gezegd de constitutionalisering hiervan door het Hof, leek dus feitelijk te dienen om de doctrine van directe werking te omzeilen en alleen op die van voorrang te kunnen varen.

Dat het grondrecht dat in *Mangold* werd ingeroepen het gelijkheidsbeginsel was, is niet toevallig. Dit is namelijk een van de weinige grondrechtterreinen waarop het Verdrag de politieke actoren van de Unie een expliciete bevoegdheid toekent om (interne)⁹⁹ regelgeving aan te nemen.¹⁰⁰ De bepaling waarin deze bevoegdheid is neergelegd, artikel 19 VWEU, heeft van zichzelf echter geen directe werking.¹⁰¹ Ter implementatie van beleid op dit gebied hebben genoemde actoren in beginsel dan ook veel ruimte. Dat het Hof desondanks meende de spelregels die normaal gelden voor de werking van richtlijnen, opzij te kunnen zetten, heeft, met name uiteraard in Duitsland, voor veel ophef gezorgd.¹⁰² En goed beschouwd is dit ook wel begrijpelijk. Gemeten naar de maatstaven van

⁹⁷ Zie Zaak C-144/04, *Mangold* [2005] ECR I-9981. *Mangold* werd enige tijd geleden bevestigd in Zaak C-555/07, *Kücükdeveci (Mangold II)* [2010] ECR I-00365. Andere voorbeelden van uitspraken waarin het HvJ grondrechten toepast op schijnbaar intern nationale situaties zijn o.a. Zaak C-117/01, *K.B. v NHS* [2004] ECR I-541 en Zaak C-423/04, *Richards* [2006] ECR I-3585, waarin Britse wetgeving die negatief uitpakte voor transseksuelen aan de kaak werd gesteld.

⁹⁸ Volgens het Hof vormde de bewuste maatregel – Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep – een concretisering van dit dus reeds bestaande algemene beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd. Zie *Mangold*, r.o. 74.

⁹⁹ Op het gebied van externe betrekkingen hebben de wetgevende organen van de EU wel potentieel vergaande bevoegdheden om grondrechten tot uitgangspunt van hun beleid te maken. Zie artikel 21 VEU.

¹⁰⁰ Met de inwerkingtreding van het VvL is dit in principe niet veranderd. Wel is het zo, nu het Handvest van de grondrechten bindend is geworden, dat de instellingen van de Unie en de lidstaten zich bij het uitoefenen van bevoegdheden meer dan voorheen rekenschap zullen moeten geven van fundamentele rechten. Daarnaast kan het zijn dat een grondrecht voor de instellingen of lidstaten een plicht tot positieve actie in het leven roept – een ook binnen de context van het EVRM bekende figuur. Zie Craig, 'The Lisbon Treaty', 214-216.

¹⁰¹ Artikel 13 EG (oud). Vgl. artikel 157 VWEU, dat deze directe werking wel heeft.

¹⁰² Zie e.g. Roman Herzog (oud-president van zowel de Bondsrepubliek als het Constitutionele Hof in Karlsruhe) en Lüder Gerken, 'Stop the European Court of Justice', 10 september 2008; euobserver.com/7/26714.

zijn eigen jurisprudentie handelde het HvJ in *Mangold* namelijk *ultra vires*.¹⁰³ Daar komt bij dat de argumentatie die het aandroeg voor het bestaan van een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd – diverse internationale instrumenten en de constitutionele tradities van de lidstaten – niet bijzonder overtuigend was.¹⁰⁴ Toen een aantal jaren later een soortgelijke zaak als *Mangold* op het bordje van het Constitutionele Hof in Karlsruhe belandde, waren de verwachtingen daarom hooggespannen. Zeker omdat het *Bundesverfassungsgericht* kort daarvoor, in *Lissabon*, had aangekondigd er streng op toe te zullen zien dat de EU niet *ultra vires* zou handelen. Deze verwachtingen kwamen echter niet uit. Voortbouwend op de tevens in *Lissabon* ontwikkelde notie van ‘Europarechtfreundlichkeit’,¹⁰⁵ stelde Karlsruhe in de bewuste zaak, *Honeywell*, voorop dat het niet de bedoeling is dat het integratieproces schade oploopt. Dit betekent dat de Duitse rechter respecteert dat het HvJ ‘unionseigenen Methoden der Rechtsfindung’ hanteert. Sterker nog, volgens Karlsruhe heeft Luxemburg ‘Anspruch auf Fehlertoleranz’.¹⁰⁶ Dus zelfs al zou het Duitse Hof constateren dat een optreden van zijn Europese collega neerkomt op een ‘ausbrechende Rechtsakt’ – iets dat het in *Honeywell* niet deed – dan nog hoeft dit niet te betekenen dat zo’n handeling onrechtmatig wordt verklaard.

Naar aanleiding van zijn beslissing in *Honeywell* is het *Bundesverfassungsgericht* uitgemaakt voor een rechterlijk college dat weliswaar vaak hard blaft, maar op beslissende momenten uiteindelijk nooit bijt.¹⁰⁷ Indien arresten zoals *Maastricht* en met name *Lissabon* als argwanend ten opzichte van het integratieproces worden opgevat – wat de meeste Europese commentatoren doen – is dit een karakterisering waar weinig op af te dingen valt. Beide uitspraken zijn,

¹⁰³ Hoewel het Hof al jaren relateert dat richtlijnen, zoals uit de tekst van (thans) artikel 288 VWEU naar voren lijkt te komen, geen directe werking kunnen hebben, schoof het in *Mangold* in één klap meerdere door hemzelf aangebrachte restricties op de horizontale werking van deze instrumenten opzij. Zie Paul Craig, ‘The ECJ and *Ultra Vires* Action: A Conceptual Analysis’, 48 *Common Market Law Review* (2011) 395, 418-422.

¹⁰⁴ Alleen de Finse en de Portugese constituties bevatten een expliciete bepaling die zulke discriminatie verbiedt. Internationale verdragen zijn verder ook weinig concreet over een dergelijk beginsel. Zie Mehrdad Payandeh, ‘Constitutional Review of EU Law After Honeywell: Contextualizing the Relationship Between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice’, 48 *Common Market Law Review* (2011) 9, 20. Hier staat tegenover dat de considerans van de bewuste richtlijn wel nadrukkelijk refereert aan de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten. Daarnaast bevat het Handvest van de grondrechten – ten tijde van *Mangold* nog niet verbindend maar wel reeds voorhanden als document waar alle lidstaten zich achter hadden geschaard – een expliciete bepaling (artikel 21 lid 1) die leeftijdsdiscriminatie verbiedt. Zie in dit verband: Koen Lenaerts en José A. Gutiérrez-Fons, ‘The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law’, 47 *Common Market Law Review* (2010) 1629, 1654-1656.

¹⁰⁵ *Lissabon*, r.o. 225.

¹⁰⁶ BVerfG, *Honeywell*, uitspraak van 6 juli 2010, 2 BvR 2661/06, r.o. 58-62.

¹⁰⁷ Zie Dietmar Hipp, ‘Machtkampf unter Juristen: Karlsruhe kneift vor den EU-Richtern’, 26 augustus 2010; www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,713917,00.html.

HOOFDSTUK 6

mede in het licht van hun lengte, echter dusdanig multi-interpretabel en bevatten zoveel uiteenlopende *obiter dicta* dat het moeilijk is om een eenduidig oordeel over hen te vellen en eventueel te concluderen dat met het veel concretere *Honeywell* een geheel andere richting wordt ingeslagen.¹⁰⁸ Interessanter is de vraag wat laatstgenoemde uitspraak precies impliceert met betrekking tot het karakter van de Europese rechtsorde. Vormt *Honeywell*, in lijn met *Arcelor*, bijvoorbeeld een teken dat het Duitse Hof inmiddels omarmt dat, zoals Advocaat-Generaal Maduro stelde, ‘het onverzoenbare te (...) verzoenen’ is? Niet direct. Ook in het *Honeywell*-oordeel blijft de rechter uit Karlsruhe, evenals de *Conseil d’Etat*, namelijk volhouden dat hij de bevoegdheid houdt Europese regels aan een grondwettigheidstoets te onderwerpen. Tegelijkertijd onderstreept hij wel nadrukkelijk het belang van een uniforme toepassing van het Unierecht in de lidstaten. Het Hof refereert in dit verband zelfs expliciet aan *Costa/ENEL* – een noviteit, in ieder geval wat betreft de recente geschiedenis.¹⁰⁹ Wijst *Honeywell* daarom uit dat de klemtoon binnen de door het Hof in *Maastricht* gelanceerde term *Statenverbund* duidelijk op het woord *Verbund* ligt?¹¹⁰

6.3.3 Een ‘waarlijke rechtsunie’

De uitspraak van het Hof in *Mangold* staat niet op zichzelf, maar past in een breder patroon van Luxemburgse arresten waarin de bewegingsruimte van lidstaten op uiteenlopende terreinen soms sterk wordt ingeperkt. Een belangrijk onderdeel van dit patroon, naast de vlucht die algemene beginselen van Unierecht hebben genomen, is de toegenomen focus op het Unieburgerschap. Volgens een inmiddels vast verankerde formule in de rechtspraak van het HvJ, moet ‘de hoedanigheid van burger van de Unie de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten’ zijn.¹¹¹ In combinatie met de kwestie van grondrechten wordt dit mantra wel als argument gebruikt om de EU steeds verder te laten opschuiven in de richting van wat Advocaat-Generaal Sharpston onlangs in een

¹⁰⁸ Vgl. Payandeh, ‘Constitutional Review of EU Law After Honeywell’, 26-27. Zie ook Franz C. Mayer, ‘Rashomon in Karlsruhe – A Reflection on Democracy and Identity in the European Union’, Jean Monnet Working Paper 5/10.

¹⁰⁹ *Honeywell*, r.o. 53 (‘Der Anwendungsvorrang folgt aus dem Unionsrecht, weil die Union als Rechtsgemeinschaft nicht bestehen könnte, wenn die einheitliche Wirksamkeit des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten nicht gewährleistet wäre.’)

¹¹⁰ De nog weer meer recente jurisprudentie van het Duitse Hof over de eurocrisis kan twijfel zaaien of dit antwoord bevestigend moet worden beantwoord. Vgl. Hoogers, ‘Karlsruhe en Europa deel zoveel: de ESM-uitspraak van het Bundesverfassungsgericht’, 3 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2013) 205-223. Zie uitgebreider over deze jurisprudentie en haar mogelijke implicaties: § 9.7.

¹¹¹ Zie e.g. Zaak C-184/99, *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193; Zaak C-148/02, *Garcia Avello* [2003] ECR I-11613; Zaak C-135/08, *Rottmann* [2010] ECR I-01449.

belangrijke burgerschapszaak een ‘waarlijke rechtsunie’ noemde.¹¹² Op het thema burgerschap, en de zaak waarin deze kwalificatie werd gebruikt, *Ruiz Zambrano*, wordt in een volgend hoofdstuk verder ingegaan.¹¹³ De reden om het hier alvast te noemen, is het spanningsveld voor pluralistische theorieën dat hierdoor bloot komt te liggen.

Sharpston vraagt zich in *Ruiz Zambrano* af of het Unieburgerschap niet ‘een dieper liggende betekenis’ heeft, ‘van een werkelijk burgerschap, met daaraan verbonden een eenvormig geheel van rechten en plichten, in een waarlijke rechtsunie waarin respect voor grondrechten wel een onverbreekelijke rol *moet* spelen.’¹¹⁴ Zij gaat uiteindelijk vrij voorzichtig met deze vraag om, en benadrukt, dat voor de totstandkoming van een dergelijke rechtsunie ‘naast een ontwikkeling van de rechtspraak, *ook* een ondubbelzinnige politieke uitspraak van de krachten waaruit de Unie gevormd is (haar lidstaten) in de richting van een nieuwe rol voor grondrechten in de Unie’ nodig is.¹¹⁵ Niettemin: de vraag stellen is haar beantwoorden. Het is vrij evident dat Sharpston van mening is dat het conceptueel gezien moeizaam is om concepten als grondrechten en burgerschap uit elkaar te houden, en niet veel indringender in het nationale recht te laten doorwerken. En daarin heeft zij natuurlijk wel een punt. Grondrechten en burgerschap zijn als vanouds sterk met elkaar verweven.¹¹⁶ Alleen: kan de EU toegeven aan deze dynamiek en een ‘waarlijke rechtsunie’ zijn en zich tegelijk conformeren aan pluralistische principes?

Het Hof is in veel gevallen nog voorzichtig met het koppelen van grondrechten aan het Unieburgerschap. Bovenstaand patroon is dan ook niet allesoverheersend. Zoals hieronder zal worden besproken, staan tegenover recente uitspraken waarin de Unie zich breed maakt, ook verscheidene recente beslissingen

¹¹² Zaak C-34/09, *Ruiz Zambrano* [2011] ECR I-0117, r.o. 3 van de Conclusie van A-G Sharpston. Zie over deze zaak verder *infra*, § 8.2.2. Zie verder Zaak C-256/11, *Murat Dereci* [2011] ECR I-11315, waarin het Hof de betekenis van *Ruiz Zambrano* nuanceert.

¹¹³ *Infra*, § 7.2.2 en 7.2.3.

¹¹⁴ *Ruiz Zambrano*, r.o. 3 van de Conclusie van A-G Sharpston.

¹¹⁵ *Ibid.*, r.o. 173.

¹¹⁶ Sharpston verwijst naar de VS, en stelt die ontwikkeling ook als voorbeeld voor de EU. Het is echter betwistbaar of haar weergave op dit punt wel helemaal accuraat is. Sharpston stelt – bij wijze van alternatief voor de burgerschapsroute – in r.o. 151-177 de vraag of het niet een verstandige stap zou zijn om de toepassing van grondrechten in de Unie uitsluitend afhankelijk te maken van het bestaan van een uitsluitende of gedeelde bevoegdheid van de Unie. Dit om een uitweg te vinden uit de nu vaak ondoorzichtige rechtspraak over de vraag wanneer een bestreden maatregel binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt en een burger hier aldus een beroep op kan doen – in *Ruiz Zambrano* het recht op een gezinsleven. De A-G verwijst in dit verband (r.o. 172) naar de Amerikaanse ‘incorporation’-doctrine, zoals onder andere neergelegd in *Gitlow v New York*, 268 U.S. 652 (1925). Deze ‘incorporation’-doctrine is echter veel verstrekkender dan wat Sharpston voorstelt. Is eenmaal door het Supreme Court vastgesteld dat een federaal grondrecht is geïncorporeerd in het statelijke recht, dan kan een Amerikaans staatsburger daar een beroep op doen, ongeacht de vraag of de federale overheid in de federale constitutie een bevoegdheid wordt toebedeeld.

HOOFDSTUK 6

waarin de lidstaten juist expliciet de ruimte wordt geboden om van het Europese recht af te wijken. Het uiteindelijke beeld dat de constitutionele jurisprudentie van het HvJ biedt, is dus diffuus en, als zodanig, tekenend voor de dynamische fase waarin het Unierecht zich sinds de eeuwwisseling bevindt. Toch kan het geen kwaad om alvast wat aandacht op genoemde koppeling te vestigen. Er staat namelijk veel op het spel als het Hof met een beroep op grondrechten en/of Unieburgerschap de ruimte verkleint wat geldt als ‘zuiver interne situatie’. Anders dan het EVRM, dat de bewegingsruimte van de lidstaten ook reeds op een fundamentele manier beperkt, is het recht van de Unie geen gewoon internationaalrechtelijk instrument dat stopt bij de grenzen van de nationale staat, of althans geen invloed uitoefent op de vraag wat er binnen deze grenzen mee gebeurt. Zeker wanneer de thema’s grondrechten en burgerschap zich met elkaar vermengen, kan de werking van het recht van de EU tot een constitutionele bloedtransfusie leiden. Waar de identiteit van de Unie namelijk wordt versterkt door een stelselmatige uitbouw van de EU als ‘rechtsunie’, bestaat het risico dat de identiteit van de lidstaten als gevolg hiervan wordt uitgehold.

In weerwil van de eerder aangehaalde passage van Advocaat-Generaal Maduro in het arrest *Arcelor*, kom je hier niet direct onderuit door te betogen dat grondrechten waarden zijn die de Unie en de lidstaten gemeen hebben. Dit argument ziet over het hoofd dat grondrechten niet de enige elementen zijn waaruit de identiteit van een lidstaat is opgebouwd. Tenzij een atomistisch wereldbeeld wordt aanhangen, dat het individu als begin- en eindpunt van normatief gezag ziet, bestaat een dergelijke identiteit ook bij de gratie van de mogelijkheid van het formuleren van een *algemeen belang*.¹¹⁷ Met andere woorden: tegenover het fundamentele recht van een individu om te worden gevrijwaard van excessief overheidsoptreden, staat het fundamentele recht van een gemeenschap om grenzen te trekken rondom een thema dat van eminent belang wordt geacht. Zoals eerder naar voren kwam, betreft het hier geen onoverbrugbare tegenstelling. Het zelfbeschikkingsrecht van een individu en dat van een gemeenschap zijn de alfa en de omega van soevereiniteit.¹¹⁸ Dit betekent echter niet dat zij niet kunnen botsen (zoals overigens ook grondrechten onderling kunnen botsen).

Wat als algemeen belang van een lidstaat heeft te gelden, is uiteraard moeilijk om juridisch vast te stellen. In een Europese context wordt zoiets normaal gesproken zichtbaar wanneer een lidstaat een publieke rechtvaardigheidsgrond inroept om in een concreet geval aan de werking van het Unierecht te ontsnappen. Hoewel een dergelijke actie veel inzicht geeft in wat een land als publiek nationaal belang beschouwt, is deze mogelijkheid echter te algemeen om te kunnen functioneren als ‘reservoir van soevereiniteit’ dat lidstaten moet beschermen tegen de expansiedrift van de Unie. Als zodanig biedt het samenstel

¹¹⁷ Zie Weiler, ‘Fundamental rights and fundamental boundaries’, 102-104. Anders: Ingolf Pernice, ‘Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union’, 136 *Archiv des öffentlichen Recht* (2011) 185, 196-198.

¹¹⁸ Zie *supra*, § 2.6.

van rechtvaardigingsgronden dat in de Verdragen is neergelegd en in de jurisprudentie van het HvJ is ontwikkeld dan ook geen adequaat tegengewicht tegen de ‘vocation fédérale’ die in sommige recente uitspraken besloten ligt. Vanuit een pluralistisch oogpunt is een dergelijk tegengewicht echter wel nodig. Niet dat lidstaten in staat zouden moeten zijn om de haverklap op de rem te trappen. Maar een dieperliggend beginsel dat een zeker evenwicht aanbrengt en als constitutioneel mechanisme kan fungeren om bepaalde onderwerpen of terreinen uit het directe bereik van het Europese recht te houden, lijkt onontbeerlijk in een verband waar beide constitutionele niveaus, zoals door pluralistische theorieën aangenomen wordt, op gelijke voet met elkaar staan.

6.4 Pluralisme in materiële zin: nationale identiteit

6.4.1 *Pluralistisch paradepaardje*

Het inzicht dat er onderwerpen zijn die zo belangrijk zijn voor een lidstaat dat zij onlosmakelijk met de identiteit van een lidstaat verbonden zijn en, om die reden, een grond voor afwijking van het Europese recht kunnen vormen, is niet nieuw. Al vanaf de jaren zeventig wordt dit bepleit in de rechtspraak van verschillende nationale constitutionele rechters.¹¹⁹ En ook het Hof zelf toonde zich jaren geleden reeds gevoelig voor dit argument.¹²⁰ Lange tijd ontbrak echter een verdragsrechtelijk beginsel dat hiermee correspondeerde. Begin jaren negentig, bij de totstandkoming van het Verdrag van Maastricht, veranderde dit. In wat later artikel 6 lid 3 VEU (oud) zou worden, werd toen in het verdragsrecht opgenomen dat de Unie de ‘nationale identiteit’ van haar lidstaten eerbiedigt. Niet toevallig viel deze codificatie min of meer samen met de opnemings in verschillende nationale grondwetten van zogenaamde integratieclausules, specifiek op het Europese integratieproces toegesneden constitutionele bepalingen. Deze integratieclausules kwamen aan de ene kant tot stand als gevolg van het voortgeschreden inzicht dat constitutionele bepalingen, die tot dan toe het fundament voor Europese samenwerking vormden – veelal bepalingen die landen in staat stelden in het kader van internationale samenwerking bevoegdheden over te hevelen – niet langer solide genoeg waren om het gewicht van dit proces te dragen. Daar veel van deze clausules tegelijkertijd ook grenzen stelden aan het

¹¹⁹ BVerfG 29 maart 1974, 37, 271 (*Solange I*); Corte Costituzionale zaak nr. 183/73, 27 december 1973, *Frontini*, 18 Giur. Cost. I 2401.

¹²⁰ Zie e.g. Zaak 379/87, *Groener* [1989] ECR 3967.

HOOFDSTUK 6

integratieproces, functioneerden zij aan de andere kant echter ook als spiegelbeeld van artikel 6 lid 3 VEU (oud).¹²¹

Hoewel door artikel 6 lid 3 VEU (oud) een belangrijk signaal werd afgegeven, was de vuurkracht van de bepaling relatief beperkt. Niet alleen werd onbepaald gelaten wat precies onder het bereik van de clausule viel, ook had het Hof geen rechtsmacht om Europese rechtshandelingen aan het artikel te toetsen.¹²² Het Verdrag van Lissabon heeft hier wat aan gedaan. De huidige identiteitsbepaling, artikel 4 lid 2 VEU, behoort wel tot de jurisdictie van het HvJ en bepaalt nu:

‘De Unie eerbiedigt de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur. Zij eerbiedigt de essentiële staatsfuncties, met name de verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid. Met name de nationale veiligheid blijft de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat.’

Artikel 4 lid 2 VEU staat bekend als de Christophersen-clausule, naar de voorzitter van de betreffende werkgroep die zich tijdens de Europese Conventie over dit vraagstuk boog, en kan gezien worden als een poging om de verplichting van de EU om de identiteit van de lidstaten te respecteren, zoals in het eindverslag over de clausule werd gesteld, ‘meer reliëf en invulling te geven’.¹²³ Om dit doel te bereiken, werd aanvankelijk voorgesteld om specifieke terreinen in de verdragstekst op te nemen die als essentiële onderdelen van de nationale identiteit konden worden beschouwd.¹²⁴ Dit voorstel werd echter verworpen, vooral omdat gevreesd werd dat een dergelijke opsomming *a contrario* kon worden opge-

¹²¹ Zie voor een overzicht van de verschillende integratieclausules die in omloop zijn, ook van bepalingen in constituties van landen die na het VvM zijn toegetreden: Christoph Grabenwarter, ‘National Constitutional Law Relating to the European Union’, 95-123. Vgl. voorts: Monica Claes, ‘Constitutionalising Europe at its Source: Europe Provisions in National Constitutions, Evolution and Typology’, 24 *Yearbook of European Law* (2005) 81. Nederland kent, zoals eerder, in § 3.4.4, al ter sprake is gekomen, geen grondwettelijke integratieclausule.

¹²² Artikel 46 EU (oud). Maar zie Zaak C-473/93, *Commissie v Luxemburg* [1996] ECR I-3207, r.o. 35-36.

¹²³ CONV 375/02, 31 oktober 2002, 11.

¹²⁴ Ibid., 12 (‘Artikel 6, lid 3, VEU, volgens hetwelk de Unie de nationale identiteit van de lidstaten eerbiedigt, moet transparanter worden gemaakt door duidelijk aan te geven dat de essentiële onderdelen van de nationale identiteit omvatten: de fundamentele structuren en essentiële taken van de lidstaten, met name hun politieke en constitutionele structuur, met inbegrip van regionaal en plaatselijk zelfbestuur; hun keuzen ten aanzien van de taal; nationaal burgerschap; grondgebied; wettelijke status van kerken en geloofsgemeenschappen; nationale defensie en organisatie van de strijdkrachten.’)

vat als een vrijbrief voor Europeanisering op niet genoemde gebieden.¹²⁵ Niettemin maakt het meer flexibele concept van nationale identiteit dat uiteindelijk in het Verdrag terecht is gekomen wel duidelijk in welke richting men moet zoeken voor een goed begrip hiervan. Nationale identiteit, zo luidt de boodschap, moet primair worden begrepen als *constitutionele* identiteit.¹²⁶ Dat wil zeggen, nog duidelijker dan voorheen met artikel 6 lid 3 VEU (oud) het geval was, poogt het concept onder het VvL aansluiting te vinden bij datgene wat reeds in nationale grondwetten en nationale rechtspraak als essentieel wordt aangemerkt. Wat door artikel 4 lid 2 VEU beschermd wordt, zijn de ‘politieke en constitutionele basisstructuren’ van de lidstaten, zoals de staats- en regeringsvorm van een land, regelingen omtrent het staatsburgerschap, en, meer in algemene zin, kernprincipes zoals rechtsstaat en democratie. Constitutioneel moeilijk kwantificeerbare zaken zoals cultuur of historische traditie lijken hierdoor buiten de boot te vallen; tenminste, zolang zij niet op grondwettelijk niveau worden beschermd.

Vanwege het feit dat de bepaling zo treffend de onderlinge samenhang tussen het Unierecht en het nationale recht weergeeft, is de nationale identiteitsclausule in korte tijd uitgegroeid tot een van de voornaamste paradepaardjes van pluralistische theorieën. Gelet op de prominente wijze waarop artikel 4 lid 2 VEU al ruim voordat het Hervormingsverdrag in werking trad in de rechtspraak van nationale rechters figureerde, valt dit goed te begrijpen.¹²⁷ Anders dan hier en daar in deze jurisprudentie en ook wel in sommige commentaren wordt gesuggereerd, wordt in pluralistisch getinte publicaties evenwel benadrukt dat de nationale identiteitsclausule niet is ontworpen om te fungeren als daadwerkelijk reservoir van nationale soevereiniteit. Met andere woorden: de barrière die de bepaling opwerpt voor de werking van het Europese recht is volgens deze publi-

¹²⁵ CONV 400/02, 13 november 2002, 13. Hier komt bij dat het gros van deze elementen reeds in specifieke, aparte bepalingen wordt beschermd. Zie e.g. artikel 3 lid 3 VEU (taal) en artikel 17 VWEU (kerken).

¹²⁶ Zie e.g. Armin von Bogdandy en Stephan Schill, ‘Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty’, 48 *Common Market Law Review* (2011) 1417, 1427; Pernice, ‘Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union’, 189-190. Vgl. ook Jan-Herman Reestman, ‘The Franco-German Divide: Reflections on National and Constitutional Identity’, 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 374, 377-380. Anders L.F.M. Besselink, ‘National and constitutional identity before and after Lisbon’, 6 *Utrecht Law Review* (2010) 36, 43-44, die ook de *culturele* identiteit van een lidstaat nadrukkelijk onder het bereik van artikel 4 lid 2 VEU laat vallen.

¹²⁷ De identiteitsclausule werd onder andere besproken door de Franse *Conseil constitutionnel* (Beslissing van 19 november 2004, 505 DC (*Grondwettelijk Verdrag*) r.o. 13), het Spaanse *Tribunal Constitucional* (DTC 1/2004, 13 november 2004 (*Grondwettelijk Verdrag*) r.o. II-3, en het Duitse *Bundesverfassungsgericht* (Lissabon, r.o. 240). Zie over de Franse en Spaanse uitspraken: J.H. Reestman en C.B. Schutte, ‘Het Europees Grondwettelijk Verdrag en beginsel van voorrang van Europees recht in Frankrijk en Spanje: Lessen voor Nederland?’, *SEW* (2006) 33. Vgl. ook Mattias Wendel, ‘Lisbon before the Courts: Comparative Perspectives’, 7 *European Constitutional Law Review* (2011) 96, 131-136.

HOOFDSTUK 6

caties niet absoluut. ‘Bei dem Begriff der nationalen Identität in Art. 4 II EUV’, zo stelt bijvoorbeeld Pernice, ‘handelt es sich um einen unionsrechtlichen Begriff, für dessen Auslegung der Gerichtshof zuständig ist (Art. 267 AEUV). Schon deswegen kann er nicht als „Souveränitätsreserve“ verstanden werden, auf die sich Mitgliedstaaten ohne weitere Rücksicht auf ihre Verpflichtungen aus dem Unionsrecht berufen könnten.’¹²⁸ Veeleer zou de bepaling een extra element toevoegen aan de methode van belangenafweging die normaliter door het Hof gehanteerd wordt wanneer het wordt geconfronteerd met een nationaal verweer tegen het Unierecht.¹²⁹ De toegevoegde waarde van artikel 4 lid 2 VEU zou dan zijn dat het, als een soort van *ultima ratio*, soelaas kan bieden waar meer gangbare ontsappingscriteria ontoereikend blijken te zijn, of althans het HvJ een extra uitlegmiddel verschaft aan de hand waarvan het kan vaststellen of een afwijking in een gegeven geval gerechtvaardigd is. Laatstgenoemde blijft binnen deze lezing echter te allen tijde bevoegd om te oordelen dat een dergelijke afwijking niet proportioneel is.

Dat het in beginsel aan de Luxemburgse rechter is om te bepalen wat de normatieve relevantie van artikel 4 lid 2 VEU in een concreet geschil is, maakt de identiteitsclausule volgens pluralistisch georiënteerde commentatoren onder tussen niet minder illustratief wat betreft de fundamentele gelijkwaardigheid van het niveau van de Unie en het niveau van de lidstaten. *Inhoudelijk* zou het Hof namelijk wel heel nadrukkelijk zijn aangewezen op de invulling die nationale grondwetten en nationale (constitutionele) rechters aan het concept identiteit geven. Dit lijkt een open deur – wat onderdeel is van de constitutionele identiteit van een lidstaat kan logischerwijze uitsluitend door een lidstaat zelf bepaald worden – maar vormt in het licht van de Luxemburgse casuïstiek toch wel een opmerkelijke concessie. Inherent aan het principe dat in artikel 4 lid 2 VEU is neergelegd, is dat per land zal verschillen wat als element van de nationale identiteit geldt.¹³⁰ Aldus heeft de identiteitsclausule, veel meer dan gewone afwijkingsgronden, een modificerende werking ten aanzien van het beginsel van voorrang. Dit laatste principe is zo bezien niet langer absoluut en uitsluitend geënt op eenvormigheid, zoals in een uitspraak als *Internationale Handelsgesellschaft* nog gesteld werd, maar relatief en afhankelijk van de aard van de nationale rechtsregel die tegenover een Europese norm wordt gezet.

¹²⁸ Pernice, ‘Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union’, 195.

¹²⁹ Zie Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 423; Von Bogdandy en Schill, ‘Overcoming Absolute Primacy’, 1441-1446; Pernice, ‘Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union’, 215-216.

¹³⁰ Dit uitgangspunt volgt, paradoxaal genoeg misschien, reeds uit de eerste zin van artikel 4 lid 2 VEU, waarin gesteld wordt dat de Unie ‘de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen’ eerbiedigt. Aangezien de politieke en constitutionele basisstructuren van de lidstaten, zeker waar het organisatorische aspecten betreft, aanzienlijk van elkaar verschillen, kan dit niet anders dan betekenen dat het gelijkheidsbeginsel in dit verband borg staat voor diversiteit.

Opvallend is verder dat in pluralistische kringen sinds de komst van artikel 4 lid 2 VEU veel breder dan voorheen consensus bestaat over het feit dat er situaties zouden kunnen zijn waarin een nationale (constitutionele) rechter bevoegd is om Europese regelgeving buiten toepassing te laten.¹³¹ Deze mogelijkheid is in bijna alle gevallen wel strikt geconditioneerd. Zo zou de uitoefening van deze ‘Not-Kompetenz’ vooraf moeten worden gegaan door het stellen van een prejudiciële vraag.¹³² En de aanleiding hiervoor zou moeten passen in het kader dat door artikel 4 lid 2 VEU gesteld wordt. Anders gezegd: een optreden van een nationale rechter is alleen toegestaan als de ‘politieke en constitutionele basisstructuren’ van een lidstaat of, daarmee corresponderend, een van de waarden die genoemd worden in artikel 2 VEU in het gedrang komen door een Europese maatregel. Geheel overeenkomstig pluralistische premissen, vooral wanneer die normatief zijn ingestoken, heeft deze tegemoetkoming ten aanzien van jurisdictionele claims die op het niveau van veel lidstaten worden geuit dus een duidelijke keerzijde. De omstandigheden waaronder van het toetsingsrecht gebruik kan worden gemaakt, worden binnen deze benadering namelijk bepaald door het Unierecht. Dezelfde ratio ligt ook ten grondslag aan de zojuist besproken relativisering van het beginsel van voorrang. Uitgangspunt daarbij is dat nationaal constitutioneel recht kleur kan geven aan een op zichzelf autonoom Unierechtelijk begrip. De eerstgenoemde categorie, zo zou kunnen worden betoogd, wordt daarmee als het ware in het institutionele en normatieve kader van de Unierechtsorde gezogen.¹³³

6.4.2 Nationale identiteit in de praktijk

De pluralistische theorievorming rondom het beginsel van nationale identiteit klinkt mooi. Maar hoe vergaat het de notie in de praktijk? Aangezien het principe nog maar korte tijd in zijn huidige vorm bestaat, valt hier nog weinig expliciet over te zeggen. De enige uitspraak waarin het beginsel opdook, is vooralsnog de zaak *Sayn-Wittgenstein*.¹³⁴ Centraal hierin stond de vraag of de Oostenrijkse autoriteiten het recht hadden om de achternaam te veranderen van een in Duitsland gevestigde Oostenrijkse staatsburger. Deze laatste was in Duitsland geadopteerd door een Duitse staatsburger met een adellijke achtergrond, en

¹³¹ Zie e.g. Von Bogdandy en Schill, ‘Overcoming Absolute Primacy’, 1449-1452; Pernice, ‘Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union’, 204-205.

¹³² Dit wordt het Tsjechische Constitutionele Hof bijvoorbeeld tegengeworpen naar aanleiding van zijn *Slowaakse pensioenen*-zaak.

¹³³ Vgl. e.g. Mattias Wendel, ‘Lisbon before the Courts’, 135. Zie ook L.F.M. Besselink, ‘Respecting Constitutional Identity in the EU: A Case Note to ECJ Case C-208/09 Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien’, 49 *Common Market Law Review* (2012) 671.

¹³⁴ Zaak C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* [2010] ECR I-13693.

HOOFDSTUK 6

noemde zich sindsdien ‘Fürstin von Sayn-Wittgenstein’. De Oostenrijkse overheid had dit na verloop van tijd gewijzigd in ‘Sayn-Wittgenstein’. Het gebruik van een adellijke titel was namelijk in strijd met constitutionele wetgeving. En deze wetgeving, het *Adelsaufhebungsgesetz*, merkte de Oostenrijkse regering ter terechtzitting op, strekte ertoe ‘de constitutionele identiteit van de Republiek Oostenrijk te waarborgen’ en behelsde ‘een fundamentele keuze voor een formeel gelijke behandeling van alle burgers voor de wet’.¹³⁵ Het Hof kon hier mee leven. Volgens de Luxemburgse rechter vormde de Oostenrijkse weigering om de betreffende adellijke titel in te schrijven bij de burgerlijke stand weliswaar ‘een beperking van de vrijheden die elke burger van de Unie op grond van artikel 21 VWEU geniet’, maar was de maatregel, in het kader van de openbare orde, desalniettemin gerechtvaardigd.¹³⁶

Artikel 4 lid 2 VEU vormt in *Sayn-Wittgenstein* niet de hoofdreden dat het Hof een inbreuk op het vrije verkeer van personen toestaat. Wat de doorslag lijkt te hebben gegeven, is het nagestreefde doel van de Oostenrijkse wetgeving, algemene gelijke behandeling; een beginsel, zo onderstreepte het HvJ, dat ook in de rechtsorde van de Unie wordt verzekerd.¹³⁷ Aldus voedt *Sayn-Wittgenstein* het vermoeden dat het principe van nationale identiteit geen zelfstandige rol speelt, maar als uitlegmiddel in een normale belangenafwegingstest wordt meegenomen. In de hoedanigheid van uitlegmiddel levert het beginsel echter wel een cruciale bijdrage aan de uiteindelijke beslissing van het Hof om de voorrang van het Europese recht niet te laten prevaleren. Zo erkent dit expliciet dat ‘in de context van de Oostenrijkse constitutionele geschiedenis het *Adelsaufhebungsgesetz*, als element van de nationale identiteit, in overweging kan worden genomen’.¹³⁸ *Ergo*, dat het gelijkheidsbeginsel *in casu* opweegt tegen het vrije verkeer van personen, kan zeker niet los worden gezien van het feit dat Oostenrijk, op een kruispunt in haar geschiedenis, voor een republikeinse regeringsvorm heeft gekozen.

Welke toepassingen het beginsel van nationale identiteit nog meer kan hebben, moet de toekomst uitwijzen. Het ligt voor de hand om in dit verband vooral aan grondrechten te denken; of in ieder geval aan kwesties die aan grondrechten gerelateerd zijn.¹³⁹ Naarmate het proces van Europese integratie uitdijt, wordt

¹³⁵ *Ibid.*, r.o. 74.

¹³⁶ *Ibid.*, r.o. 71-95.

¹³⁷ *Ibid.*, r.o. 88-89.

¹³⁸ *Ibid.*, r.o. 83. Zie ook r.o. 92.

¹³⁹ Een ander terrein waarvoor artikel 4 lid 2 VEU relevantie kan gaan hebben, is, zoals de bepaling ook expliciet vermeldt, dat van regionaal zelfbestuur. Dient de EU bij de toepassing van Europese regelgeving bijvoorbeeld rekening te houden met het feit dat de landsdelen in federaal geordende lidstaten soms vergaand van elkaar verschillen? In een recente Belgische zaak – C-212/06, *Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering v Vlaamse regering* [2008] ECR I-01683 – heeft het Hof vooralsnog weinig oog voor zulke subtiliteiten. Zie over deze zaak Peter van Elsuwege en Stanislas Adam, ‘Belgium: The Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination: Constitutional Court, Judgment

het immers niet alleen waarschijnlijker dat *Europese* grondrechten in de knel komen, maar wordt ook de kans groter dat *nationale* grondrechten geraakt worden. En zoals *Sayn-Wittgenstein* laat zien, valt een inbreuk in zo'n geval al gauw samen met het algemeen belang of de constitutionele identiteit van een lidstaat. Het hierboven geschetste onderscheid tussen het zelfbeschikkingsrecht van een individu en dat van een gemeenschap kan in de complexe werkelijkheid van de Unie dus erg diffuus zijn.¹⁴⁰ Gelet op bepaalde rechterlijke beslissingen die tot stand kwamen op basis van het oude verdragsregime, ontgaat dit het Hof niet. Neem de *Omega*-uitspraak.¹⁴¹ Hierin billijkte het Hof een in strijd met het vrije verkeer van diensten door de Duitse stad Bonn afgekondigde verbodsbeschikking tegen een lasergame. Dit omdat de betreffende lasergame, vanwege het gewelddadige karakter ervan, de menselijke waardigheid aantastte, en de Unierechtsorde dit principe volgens het Hof 'onbetwistbaar' beoogde te verzekeren.¹⁴² Tegelijkertijd is tussen de regels van het *Omega*-arrest door ook duidelijk te lezen, dat in dit specifieke geval rekening werd gehouden met het feit dat grondrechten in het algemeen en het beginsel van de menselijke waardigheid in het bijzonder in Duitsland door de beladen geschiedenis van dit land een speciale positie innemen. Zonder de notie nationale identiteit met naam en toenaam te noemen, wekte het HvJ zodoende de indruk in voorkomende gevallen geen probleem te hebben om voor uitdrukkingvormen hiervan begrip op te brengen.

Omega is geen unieke uitspraak.¹⁴³ Evengoed blijkt uit de jurisprudentie van het Hof dat een beroep op een grondrecht ter rechtvaardiging van een inbreuk op het Unierecht niet zonder meer wordt gehonoreerd. Tegenover de *Omega*-beslissing staan ook verschillende uitspraken waarin een nationale grondrechtensituatie geen geldig argument werd gevonden om af te wijken van het Unierecht. Denk bijvoorbeeld aan het *Laval*-arrest, waarin het Hof een beroep van een Zweedse vakbond op het recht om collectieve acties te voeren, niet vond opwegen tegen het vrije verkeer van diensten.¹⁴⁴ De collectieve acties in kwestie waren gevoerd om van een Lets bedrijf, dat Letse werknemers in de Zweedse bouw tewerk had gesteld, hogere lonen af te dwingen; een onderwerp ten aanzien waarvan Zweedse vakbonden in het kader van Zweedse wetgeving traditioneel veel vrijheid genieten. Dit kon het Hof echter niet vermurwen. Het feit dat een grondrecht in een lidstaat in een bepaalde traditie staat, lijkt daarom niet

11/2009 of 21 January 2009', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 327. Verder is het interessant om toekomstige ontwikkelingen over het burgerschap in de gaten te houden. A-G Maduro zinspeelde op het belang van het principe van nationale identiteit in de geruchtmakende zaak *Rottmann*. Het Hof besteedde hier vervolgens echter geen aandacht aan. Zie Zaak C 135/08, *Rottmann* [2010] ECR I-01449, r.o. 25 van de Conclusie van A-G Maduro.

¹⁴⁰ Vgl. Mayer, 'Rashomon in Karlsruhe', 39.

¹⁴¹ Zaak C-36/02, *Omega Spielhallen* [2004] ECR I-9609.

¹⁴² *Ibid.*, r.o. 34.

¹⁴³ Zie e.g. Zaak C-112/00, *Schmidberger* [2003] ECR I-5659; Zaak C-145/04, *Spanje v Verenigd Koninkrijk* [2006] ECR I-07917.

¹⁴⁴ Zaak C-341/05, *Laval un Partmieri* [2007] ECR I-11767.

HOOFDSTUK 6

voldoende om afwijking van het Unierecht te rechtvaardigen. Zo'n constitutionele traditie zal ook afgezet moeten worden tegen wat de constitutionele identiteit van de Unie genoemd zou kunnen worden – lees: de interne markt, het Unieburgerschap of Europese grondrechten.¹⁴⁵

Dat nationale grondwetten of constitutionele tradities van de lidstaten niet automatisch tot een vrijstelling van de werking van het Unierecht kunnen leiden, is, vanuit het perspectief van ditzelfde Unierecht, volkomen logisch. De voorrang van het Unierecht is, zoals overigens ook door de lidstaten zelf wordt erkend, een fundamenteel beginsel.¹⁴⁶ Zouden regels van constitutionele aard hieraan zonder meer onttrokken zijn, dan is het gedaan met de eenvormigheid van het Europese recht. Ook al is dit laatste uitgangspunt door de komst van de identiteitsclausule wat elastischer dan voorheen, het is nog steeds een leidend principe. Of, zoals Advocaat-Generaal Maduro onlangs stelde in *Michaniki*, een andere recente (pre-Lissabon) zaak waarin de constitutionele status van een nationale regel het Hof niet kon bewegen het Unierecht buiten toepassing te laten: 'Op dezelfde wijze als het gemeenschapsrecht de grondwettelijke identiteit van de lidstaten in aanmerking neemt, zo moet het nationale constitutionele recht zich aan de vereisten van de communautaire rechtsorde aanpassen.'¹⁴⁷

Een belangrijke vraag is uiteraard vervolgens hoever deze verplichting tot aanpassing reikt. Maduro liet het antwoord hierop in *Michaniki* een beetje in het midden. Hij tekende slechts aan dat de 'eerbiediging van de grondwettelijke identiteit van de lidstaten *niet voor alle nationale grondwettelijke regels onder alle omstandigheden* geldt'.¹⁴⁸ Met deze uitspraak lijkt de Advocaat-Generaal te

¹⁴⁵ Dit postulaat – i.e. dat een zaak als *Laval* het Hof confronteert met een botsing tussen twee, in beginsel even zwaarwegende grootheden – is niet onomstreden. Volgens Spaventa, 'Federalisation Versus Centralisation', 353-363, miskent het HvJ hiermee dat de vier vrijheden 'are radically and qualitatively different from fundamental human rights'. De vier vrijheden, aldus Spaventa, zijn 'instrumental to the achievement of a political project' en 'conditional upon movement' en vaak ook 'upon the satisfaction of given economic prerequisites'. Grondrechten daarentegen, 'we recognise, if not altogether inherent to, at least as being at the very core of our understanding of humanity'. De miskenning hiervan door het Hof, zo stelt Spaventa, pakt niet goed uit, en zou onder meer leiden tot de verwatering van grondrechten en de centralisering van de uitleg hiervan. Deze kritiek is in zoverre terecht dat het EU-recht op deze wijze inderdaad een nieuw element in nationale grondrechtenkwesties kan introduceren (in *Laval* de verplichting van de Zweedse vakbond om rekening te houden met de Verdragsrechten van een Lets bouwbedrijf) dat in een puur interne situatie zou ontbreken. Hier staat, zoals eerder al in een vergelijkbare context werd gesteld, tegenover dat Verdragsrechten als de vier vrijheden weliswaar misschien niet te boek zouden moeten staan als Europese 'grondrechten', maar desalniettemin als uitdrukkingen van het Europese algemene belang niet voor grondrechten onder hoeven te doen. Zie ook Sybe de Vries, 'Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice', 9 *Utrecht Law Review* (2013) 169.

¹⁴⁶ Verklaring nr. 17 bij het VvL.

¹⁴⁷ Zaak C-213/07, *Michaniki* [2008] ECR I-9999, r.o. 33 van de Conclusie van A-G Maduro.

¹⁴⁸ *Ibid.* (cursivering van mij, JWvR).

willen zeggen dat het voor de toepassing van artikel 4 lid 2 VEU uitmaakt of een constitutioneel voorschrift of beginsel, dat door een lidstaat wordt ingeroepen, *fundamenteel* van aard is. Op dit onderscheid, dat ook in de literatuur op bijval rekenen kan,¹⁴⁹ is echter wel het een en ander af te dingen. Allereerst – en meest problematisch – valt niet goed in te zien hoe de Europese rechter een oordeel kan vellen over deze vraag, zonder tegelijkertijd ook inhoudelijk in te gaan op de aard van een nationale constitutie. Anders gezegd: door onderscheid te maken tussen fundamentele en gewone constitutionele regels, zou het Hof meteen de pluralistische basisregel schenden dat het aan een nationale instantie is om de identiteitsclausule kleur te geven. Verder speelt ook nog mee dat men zich de vraag kan stellen wat een dergelijke differentiatie concreet oplevert als artikel 4 lid 2 VEU, zoals de rechtspraak van het Hof en bepaalde commentaren suggereren, niet bedoeld is om immuniteit te verlenen aan de constitutionele kern van een lidstaat. Want ook constitutionele regelgeving die niet als fundamenteel wordt aangemerkt, zal in principe door het Hof in een belangenafweging worden meegenomen.¹⁵⁰

Overigens wordt het probleem van inhoudelijke bemoeienis niet helemaal weggepoetst met een relativering van het verschil tussen fundamentele en gewone constitutionele regels. Ook als het Hof een beroep op het beginsel van nationale identiteit neemt voor wat het is en, zoals beweerdelijk meer voor de hand zou liggen, bekijkt of een dergelijke claim in een gegeven geval fundamenteel *genoeg* is om een afwijking van het Unierecht te rechtvaardigen, geeft het feitelijk blijk van een normatief oordeel over de relevantie hiervan. De vraag wat tot de nationale identiteit van een lidstaat behoort, kan daarom niet geheel los worden geknipt van de vraag wanneer dit boven het Unierecht prevaleert. Verder brengt het karakter van een belangenafweging mee dat er, wederom vanuit het oogpunt van het Unierecht, strikt genomen geen harde grens te stellen is aan de verplichting van de lidstaten om hun constitutionele recht aan te passen aan het

¹⁴⁹ Zie e.g. Besselink, 'National and constitutional identity before and after Lisbon', 47-49; Von Bogdandy en Schill, 'Overcoming Absolute Primacy', 1430-1431.

¹⁵⁰ Zie e.g. Zaak C-285/98, *Kreil* [2000] ECR I-00069, waarin het Hof, na een toets aan een algemeen criterium van openbare veiligheid, een Duitse constitutionele bepaling die een algehele uitsluiting van vrouwen uit gewapende onderdelen van de Duitse Bundeswehr werkstelligde, in strijd oordeelde met richtlijn 76/207, die uitvoering geeft aan het verbod op discriminatie tussen mannen en vrouwen. In de literatuur wordt wel gesuggereerd dat dit een type bepaling was dat niet werd gedekt door het beginsel van nationale identiteit. De rechtvaardiging die door de Duitse regering werd aangedragen – de landsverdediging – is dat echter evident wel. De ambiguïteit van deze kwestie kwam korte tijd na *Kreil*, in Zaak C-186/01, *Dory* [2003] ECR I-2479, naar voren. Naar aanleiding van *Kreil* had de Duitse grondwetherziener de gewraakte bepaling zodanig gewijzigd dat vrouwen konden kiezen of ze wilden dienen in het leger. Voor mannen bleef het evenwel verplicht om in militaire dienst te gaan. Hiertegen kwam een Duitse man met een beroep op het gelijkheidsbeginsel in het verweer. Het Hof verwierp dit echter – met een verwijzing naar het belang van de landsverdediging van Duitsland.

HOOFDSTUK 6

Verdragsrecht. De noodzaak hiertoe zal van geval tot geval beoordeeld moeten worden.¹⁵¹

6.4.3 ‘Ewigheidsklausels’

Een aantal lidstaten beschikt over een grondwet die een zogenaamde ‘Ewigheidsklausel’ bevat.¹⁵² Zoals eerder al ter sprake kwam, is dit een bepaling die een bepaalde constitutionele kern afschermt van gewone grondwetswijzigingsprocedures.¹⁵³ Sleutelbewaarder van een ‘Ewigheidsklausel’ is het volk, in de hoedanigheid van *pouvoir constituant*. Volgens de hierboven beschreven logica van de nationale identiteitsclausule is het vanuit Europees perspectief echter eigenlijk niet goed houdbaar dat sommige grondwetten er zo’n bepaling op na houden. Een ‘Ewigheidsklausel’ impliceert namelijk dat de nationale identiteit van een land elementen bevat, ten aanzien waarvan op voorhand vaststaat dat zij een confrontatie met het recht van de EU zullen doorstaan. Deze garantie kan echter niet worden gegeven als nationale identiteit wordt begrepen als een autonoom Unierechtelijk begrip, dat is onderworpen aan de rechtsmacht van het Hof en dat ingekaderd wordt door het Unierecht.

Zolang een ‘Ewigheidsklausel’, zoals in de meeste lidstaten het geval is die een dergelijk voorschrift kennen, op een minimalistische manier wordt uitgelegd, is er weinig aan de hand. Een goed voorbeeld hiervan is Frankrijk, waar de *Conseil Constitutionnel* artikel 89 Const., dat de ‘forme républicaine du gouvernement’ voor onaantastbaar verklaart, nadrukkelijk onderscheidt van het beginsel constitutionele identiteit. Hierdoor biedt ingeval van een onverenigbaarheid tussen het Europese recht en het nationale constitutionele recht in principe een gewone grondwetswijziging uitkomst. Meer in algemene zin speelt mee dat een ‘Ewigheidsklausel’, bij een minimalistische uitleg, vrijwel altijd zal corresponderen met het primaire recht van de Unie, in het bijzonder artikel 2 VEU. Een schending van wat een lidstaat als zijn onaantastbare kern beschouwt, zal om die reden in zo’n geval bijna vanzelfsprekend ook een schending van het Europese recht zelf opleveren.¹⁵⁴ Dit is echter anders wanneer aan een ‘Ewigheidsklausel’,

¹⁵¹ Hierbij speelt ook mee dat de inhoud van artikel 4 lid 2 VEU zal moeten worden gezien in het licht van andere Verdragsbepalingen, in het bijzonder artikel 2 VEU. Mochten de politieke en constitutionele basisstructuren van een lidstaat hiermee in strijd zijn, dan is het de vraag of de identiteitsclausule bescherming kan bieden.

¹⁵² Duitsland, Tsjechië, Griekenland en Italië hebben een dergelijke regel in hun grondwet opgenomen.

¹⁵³ Zie in hfdst. 3 de paragrafen over Frankrijk en Duitsland.

¹⁵⁴ Zie in deze zin e.g. het Spaanse *Tribunal Constitucional* in zijn beslissing over de grondwettigheid van het Grondwettelijk Verdrag, DTC 1/2004, 13 november 2004, r.o. II-3 (‘Said precepts (artikel 2 VEU, artikel 4 lid 2 VEU en het Handvest van de grondrechten, JWvR) among others, confirm the guarantee of the existence of the states and their basic

zoals in Duitsland gebeurt, van alles wordt opgehangen – zelfs specifieke beleidsterreinen waar de Unie zich verre van dient te houden. Dan ontstaat het risico dat het Europese en nationale beschermingsniveau uiteen gaat lopen.¹⁵⁵

Het *Bundesverfassungsgericht* is hevig bekritiseerd in verband met zijn gedetailleerde uiteenzetting in de *Lissabon*-uitspraak wat precies met de constitutionele identiteit van Duitsland samenhangt.¹⁵⁶ En het moet gezegd worden: op onderdelen komt deze uiteenzetting ook niet bijzonder overtuigend over. Het doet bijvoorbeeld vrij gekunsteld aan dat het Duitse Hof terreinen als defensie en de verzorgingsstaat wel uitzondert van supranationale integratie en de bevoegdheid om geld uit te geven – één van de *marques de souveraineté* bij Jean Bodin – niet.¹⁵⁷ Alsof de D-Mark niet *het* symbool was van de wederopstanding van het naoorlogse Duitsland. Maar toont deze gekunsteldheid ook het failliet aan van de opvatting die Karlsruhe over soevereiniteit huldigt? Bewijst de schier onmogelijke opgave om in de Unie van vandaag piketpalen neer te zetten, zoals een andere belangrijke representant van de pluralistische school in Duitsland, Armin von Bogdandy, stelt, dat '(i)n spite of all the ambiguity surrounding the notion of national identity, there is no question that it includes far less than the traditional concept of State sovereignty as it is understood in both international and constitutional law'?'¹⁵⁸ Dat het concept nationale identiteit dus los kan worden gezien van het leerstuk van soevereiniteit?

Het is onmiskenbaar dat de codificatie van het principe van nationale identiteit, in het bijzonder van de variant die in het Verdrag van Lissabon terecht is gekomen, een belangrijke indicatie is van de constitutionele volwassenheid die het verband van Unie en lidstaten heeft bereikt. Of daarmee ook de angel uit het soevereiniteitsvraagstuk is gehaald, is echter een tweede. Zoals eerder werd aangehaald, werd dit principe oorspronkelijk in het Unierecht opgenomen om tegenwicht te bieden tegen de federalistische tendenties van het proces van Europese integratie. Indien de identiteitsclausule, anders dan het *Bundesverfassungsgericht* lijkt te veronderstellen, niet kan fungeren als daadwerkelijk reser-

structures, as well as their values, principles and fundamental rights, which under no circumstances may become unrecognizable after the phenomenon of the transfer of the exercise of competences to the supra-state organization, a guarantee whose absence or lack of explicit proclamation previously explained the reservations against the primacy of Community legislation with regard to the different constitutions by known decisions of the constitutional jurisdictions of certain states (...). In other words, the limits referred to by the reservations of said constitutional justifications now appear proclaimed unmistakably by the Treaty under examination, which has adapted its provisions to the requirements of the constitutions of the member states.'))

¹⁵⁵ *Lissabon*, r.o. 249-259.

¹⁵⁶ Zie e.g. C. Schönberger, 'Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones at Sea', 10 *German Law Journal* (2009) 1201, 1208; De Waele, 'Karlsruhe über Alles', 9-10.

¹⁵⁷ Zie in deze zin ook Wendel, 'Lisbon before the Courts', 125-126. Maar vgl. Paola Subacchi, 'The variable geometry of national sovereignty', 18 december 2013, euobserver.com/opinion/122506.

¹⁵⁸ Von Bogdandy en Schill, 'Overcoming Absolute Primacy', 1425-1426.

HOOFDSTUK 6

voir van soevereiniteit, bewerkstelligt zij echter eerder het tegenovergestelde. Dat wil zeggen: als het resultaat van genoemde codificatie is dat de vraag wat tot de constitutionele identiteit van een lidstaat behoort nu gedeeltelijk wordt gereguleerd door het Europese recht, lijkt het er meer op dat de lidstaten hun soevereiniteitsaanspraken hebben ingewisseld voor een ‘federaal grondrecht’¹⁵⁹ – één die evenals andere normen die in verband met de uitoefening van bevoegdheden van belang zijn, zoals het subsidiariteitsbeginsel en het attributiebeginsel, ingeroepen kunnen worden om de werking van het Unierecht op afstand te houden, maar als zodanig niets verandert aan de claim van het Hof dat de Unie een autonome rechtsorde vormt. Sterker nog, zo bezien wordt deze claim misschien zelfs wel versterkt.

Een dergelijke conclusie wordt uiteraard niet onderschreven door aanhangers van de theorie van constitutioneel pluralisme; althans niet door diegenen die menen dat het verband van Unie en lidstaten een horizontale eenheid vormt. Dat de identiteitsclausule een soort spiegel vormt van de notie van grondwettelijke identiteit in de lidstaten en, daarbovenop, dat de kans klein is dat de Unie deze identiteit schendt zonder zelf ook haar eigen recht te schenden, wil echter niet meteen zeggen dat hiërarchie heeft plaatsgemaakt voor heterarchie. Voor die conclusie is ook de aanname vereist dat het conceptueel mogelijk is dat een gemeenschap de kurk waarop de clausule drijft, zijn zelfbeschikkingsrecht, compromitteert zonder dit tegelijkertijd op te geven. Zonder deze aanname, die – willekeurig of je Weilers principe van ‘Constitutional Tolerance’, Maduro’s idee van ‘contrapunctual law’, of het multilevel constitutionalisme van Pernice als uitgangspunt neemt – ten grondslag ligt aan praktisch elke variant van pluralisme, lijkt namelijk de grond te ontbreken voor de stelling dat een verband horizontaal geordend en één kan zijn. Kortom, voor zover de identiteitsclausule in *normatieve* zin een uiting of zelfs een indicatie vormt van de pluralistische natuur van het integratieproces, is het dat alleen binnen een paradigma dat identiteit (en in het kielzog hiervan het recht op zelfbeschikking) op voorhand loskoppelt van soevereiniteitsconcepties die de principiële ongebondenheid met betrekking tot beslissingen over de ‘politieke en constitutionele basisstructuren’ van een lidstaat voorop stellen. Gebeurt dit niet, dan blijft de status quo van onverzoenbare standpunten in stand, en kan artikel 4 lid 2 EU hooguit worden gezien als een uitdrukking van *politiek* pluralisme.

¹⁵⁹ De term ‘federaal grondrecht’ is geleend van Pernice, ‘Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union’, 193-194.

6.5 Conclusie

Het slot bij dit hoofdstuk kan kort zijn. Hierboven is eigenlijk al voldoende samengevat welk beeld een analyse van pluralisme in de praktijk oplevert. In de jurisprudentie van het Hof, maar ook daarbuiten, in de rechtspraak van nationale rechters of, hetgeen niet aan de orde is gekomen in dit hoofdstuk, in de interactie tussen nationale parlementen en de Commissie, liggen meer dan genoeg voorbeelden voor het oprapen die beantwoorden aan de voornaamste criteria die theorieën het label pluralistisch geven: bereidheid tot dialoog, streven naar congruentie van fundamentele waarden, respect voor nationale identiteit etc. Zulke voorbeelden kunnen echter niet de doorslag geven in een conceptuele zoektocht naar de grondslagen van de Unie. Procedures en beginselen vormen wel belangrijke voorwaarden voor de aanwezigheid van een pluralistische constitutionele cultuur, maar geven als zodanig geen uitsluitel over de vraag of deze cultuur (ook) het fundament van het Europese en nationale recht vormt. Zulk uitsluitel kan alleen worden verkregen, als eerst de vraag wordt beantwoord of de centrale premisse van het gros van de pluralistische theorieën klopt. Is het conceptueel mogelijk om de Europese constitutionele ruimte voor te stellen als een plek waarin hiërarchie als structurerend beginsel heeft plaatsgemaakt voor heterarchie?

Deze vraag, in een notendop de onderzoeksvraag van deze studie, staat centraal in het volgende en laatste deel van dit boek. Wederom uitgespreid over drie hoofdstukken, zal een poging worden ondernomen om door te dringen tot de kern van de problematiek waarop pluralistische theorieën een antwoord vormen. Wat is de constitutionele werkelijkheid van de Europese Unie? Welke rol is hierin nog weggelegd voor soevereiniteit? Is er, zoals pluralistische theorieën lijken te veronderstellen, inderdaad sprake van een paradigmaverschuiving? Voor de beantwoording van deze vragen zal een beroep worden gedaan op de inzichten die in het eerste deel werden opgedaan. In dat eerste deel kwamen, grof gezegd, twee dingen naar voren. In de eerste plaats dat soevereiniteit een fenomeen is dat zich niet zomaar uit het recht laat wegdenken. In de tweede plaats dat soevereiniteit deze niet zomaar weg te denken rol speelt in een conceptuele setting die een paradoxale aanblik geeft. De existentiële functie van bron en legitimator van een rechtsorde kan een soeverein in een seculiere wereld alleen maar vervullen als hij daar eerst door datzelfde recht is neergezet. In de resterende hoofdstukken wordt bezien welke uitwerking deze twee uitgangspunten hebben op constitutionele theorievorming over de Unie.

DEEL III

SOEVEREINTEIT EN PLURALISME

Hoofdstuk 7

Soevereiniteit en zelfbeschikking

7.1 Inleiding

De titel van dit hoofdstuk is een tautologie. Of althans: zo is hij bedoeld. De term zelfbeschikking is een samenvoeging van twee elementen; ‘beschikking’ refereert aan het vermogen om te beslissen, het voorvoegsel ‘zelf’ voegt daaraan toe dat dit vermogen niet in de handen van iemand anders ligt. Dit is, in het kort, ook hoe soevereiniteit gedefinieerd werd in het tweede hoofdstuk. Sovereiniteit, dat is constituerende macht; de bevoegdheid om in ongebondenheid door het recht over het recht te kunnen beslissen en daardoor eigenlijk geen bevoegdheid. Hieruit volgt dat soevereiniteit ook een typische liberale verworvenheid is. In de handen van een vorst kan soevereiniteit strikt geredeneerd geen ongebonden macht zijn, omdat een vorst, teneinde deze macht te legitimeren, altijd zal moeten verwijzen naar een beginsel dat buiten hemzelf ligt; God of gewoonterecht. Soevereiniteit lijkt dus op de keper beschouwd een inherent democratisch fenomeen.¹

Niet iedereen zal deze analyse onderschrijven. In juridische zin wordt zelfbeschikking overwegend als typisch volkenrechtelijk fenomeen gezien.² Het verwijst dan naar het algemene rechtsbeginsel dat volkeren over hun eigen lotsbestemming moeten kunnen beslissen of in ieder geval inspraak dienen te hebben in het gezag dat over hen uitgeoefend wordt. Als zodanig is zelfbeschikking dus een beginsel dat zich ook *tegen* een bepaalde conceptie van soevereiniteit kan richten; namelijk het recht van staten om door andere staten met rust te worden gelaten.³ Dit speelde in het bijzonder na de Tweede Wereldoorlog, toen het dekolonisatieproces op gang kwam. Ook vandaag is deze dynamiek echter nog relevant. Denk bijvoorbeeld aan Catalonië dat claimt zich los te kunnen weken van Spanje als de Catalaanse bevolking daarvoor kiest. Of, nog meer toegespitst, aan het recht van de lidstaten op uittreding uit de EU dat neergelegd is in artikel

¹ Zie Böckenförde, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes*, 94-98. Vgl. voorts *infra*, § 8.3. Daar wordt ook besproken hoe soevereiniteit in potentie ook in handen van God kan liggen.

² Zie artikel 2 van VN Resolutie 1514 (XV), 14 december 1960 (‘All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.’)

³ Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press 2005) 60-61.

HOOFDSTUK 7

50 VEU. Daar lijkt ook expliciet de notie van zelfbeschikking aan ten grondslag te liggen.⁴

Met deze twee voorbeelden is meteen ook aangetoond dat het tegenover elkaar stellen van zelfbeschikking en soevereiniteit conceptueel uiteindelijk niet erg solide is. Historisch gezien valt er ongetwijfeld veel te zeggen voor de voorstelling van soevereine staten als obstakel voor de legitieme democratische premissies van overheerste volkeren. Theoretisch is zij echter gebrekkig. De staat zelf is nooit werkelijk soeverein. Ook niet in de tijd dat Europese staten nog een koloniaal wereldrijk bestierden. Externe soevereiniteit is uiteindelijk slechts een reflectie van een preconstitutionele gezagsclaim ten aanzien van een staat of rechtsorde. Om die reden ligt aan de volkenrechtelijke versie van het recht op zelfbeschikking een presumptie ten grondslag die moeilijk normatief te kwantificeren valt. Neem nogmaals het voorbeeld van Catalonië. Hoe kan juridisch bepaald worden dat een meerderheid van ‘Catalanen’ die voor afscheiding opteren, meer recht van spreken heeft dan de Spaanse natie bij wie volgens de Spaanse grondwet de soevereiniteit ligt?⁵

Hetzelfde dilemma kan ook worden geconstrueerd in het geval van het Europese voorbeeld. Alleen zal het dan met meer scepsis bekeken worden. Kan immers wel gesteld worden dat een lidstaat, die een beroep doet op artikel 50 VEU, opkomt tegen een Europees volk dat ook soevereiniteit claimt? Paradoxaal genoeg ligt in het feit dat de uittredingsclausule mede in het vuur van de volkenrechtelijke variant van het zelfbeschikkingsrecht is gesmeed de suggestie besloten van wel. Deze spanning – tussen nationale soevereiniteitsaanspraken en autonomieclaim – vormt het decor waartegen in dit hoofdstuk de draad wordt opgepakt waar die in het vorige hoofdstuk was blijven liggen. Lukt het constitutioneel pluralisme deze spanning te bedwingen? Is soevereiniteit door het Europese integratieproces op afstand komen te liggen van het recht op zelfbeschikking? En is het überhaupt wel mogelijk, zoals veel pluralistische theorieën stellen, om aan soevereiniteit behalve een nationale ook een Europese dimensie toe te kennen? Ter beantwoording van deze vragen zal worden teruggegrepen op bevindingen over soevereiniteit in hoofdstuk twee, in het bijzonder de these dat soevereiniteit een paradoxaal begrip is dat zowel een primaat van de politiek boven het recht als een primaat van het recht boven de politiek veronderstelt.

⁴ In het spaarzame commentaar dat op art. 46 GV, de voorganger van art. 50 VEU in de Europese Grondwet, werd gegeven, kwam alleen naar voren dat deze bepaling voortbouwt op de procedure terzake van uittreding in het Weens Verdragenverdrag. (CONV 648/03, 2 april 2003, p. 8-9). Vgl. verder hfdst. 4 in Lewis F. Abbot, *British Withdrawal from the European Union: A Guide to the Case For* (Manchester: Industrial Systems Research 2011).

⁵ Art. 1 lid 2 van de Spaanse constitutie. Zie over de Catalaanse kwestie: E. Casanas Adam, ‘The Independence Referendum and Debates on Catalonia’s Constitutional Future’, 5 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2014) 162.

7.2 Deelbaarheid van soevereiniteit

7.2.1 *Brno versus Karlsruhe*

Tot dusverre is in deze studie vrij uitvoerig stilgestaan bij de Europese jurisprudentie van het Duitse *Bundesverfassungsgericht*. De reden hiervoor is helder. Het Constitutionele Hof in Karlsruhe is traditioneel gezien de meest belangrijke gesprekspartner of, zo men wil, tegenstrever van het Europese Hof. Bovendien is de rechtspraak van het Duitse Hof altijd een inspiratiebron geweest voor constitutionele rechters in andere lidstaten, met name voor hoven in Oost-Europa. Juist in één van deze relatief nieuwe lidstaten is recentelijk echter ook een ander geluid te horen geweest over de verhouding tussen Europees recht en nationaal recht. Althans, zo was in eerste instantie de teneur in Europeesrechtelijke vakbladen.⁶ De rechter in kwestie was het Tsjechische Constitutionele Hof, de *Ústavní soud*. Kort na de totstandkoming van het Lissabon-Verdrag werd deze, net als veel collega-rechters in andere lidstaten, gevraagd om zich uit te spreken over de grondwettigheid hiervan. Het Tsjechische Hof overkwam dit zelfs tot twee keer toe. Tot teleurstelling van de verzoekers, senatoren gelieerd aan de toenmalige en notoir Eurosceptische president van Tsjechië, Václav Klaus, nam het Hof in beide gevallen nadrukkelijk afstand van de suggestie dat de nationale constitutie obstakels opwierp voor de ratificatie van het Hervormingsverdrag.⁷

Op deze plek is het vooral de moeite waard om de tweede *Lissabon*-uitspraak van de hoogste Tsjechische rechter wat nader te belichten. Dit oordeel werd gegeven nadat Karlsruhe uitspraak had gedaan over de verenigbaarheid van het VvL met de Duitse Grondwet en reflecteert op sommige punten zelfs expliciet op deze laatste beslissing.⁸ Let wel: wat hieronder volgt, betreft aanvankelijk alleen de wijze waarop het Tsjechische Constitutionele Hof de verhouding tussen Europees recht en nationaal recht in conceptueel opzicht duidt. Deze kwestie staat vooralsnog los van de vraag wat dit betekent voor de constitutionele praktijk. Zoals in het vorige hoofdstuk ter sprake kwam, heeft de *Ústavní soud* zeer onlangs voor een primeur gezorgd door als eerste nationale rechter openlijk een uitspraak van het Europese Hof *ultra vires* te verklaren.⁹ Voor zover de Tsjechische rechter een meer verlicht beeld schetst van het integratieproces dan het Duitse Constitutionele Hof, zegt dat dan ook niets over eventuele scrupules om met de vuist op tafel te slaan. Ironisch is een en ander ondertussen natuurlijk wel. De rechter die er vaak van beticht wordt een te con-

⁶ Jan-Herman Reestman en Leonard Besselink, 'Editorial: On the *Lissabon-Urteil*: Democracy and a Democratic Paradox', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 345.

⁷ 26 November 2008, Pl. ÚS 19/08 (*Lissabon I*) en 3 November 2009, Pl. ÚS 29/09 (*Lissabon II*). De Engelse vertaling van beide arresten is te vinden op www.usoud.cz onder 'decisions'.

⁸ Daarmee zou de uitspraak kunnen worden gezien als de manifestatie van een horizontaal constitutioneel pluralisme.

⁹ Zie *supra*, § 6.2.2.

HOOFDSTUK 7

servatieve interpretatie van de Europese constitutionele werkelijkheid te geven, kan zo namelijk uitgroeien tot model van redelijkheid.

De inhoudelijke context van de tweede *Lissabon*-uitspraak van de *Ústavní soud* was min of meer dezelfde als die van het *Lissabon*-Urteil van het *Bundesverfassungsgericht*.¹⁰ Spil van de beslissing was de interpretatie van een drietal constitutionele voorschriften – een soevereiniteitsbepaling, een integratieclausule, en een ‘Ewigheidsklausel’¹¹ – die, in onderlinge samenhang gelezen, als fundament dienden voor het pleidooi van de verzoekers dat het VvL inbreuk maakte op de Tsjechische constitutionele orde. De klagers in de Duitse *Lissabon*-zaak hadden iets soortgelijks betoogd. Het *Bundesverfassungsgericht* had hen vervolgens grotendeels in het ongelijk gesteld ten aanzien van hun centrale claim dat het VvL strijd met het *Grundgesetz* opleverde. De logica volgens welke de klagers redeneerden – te weten, dat de Unie gedwongen is in democratisch opzicht en daarmee, wat essentiële beleidsterreinen betreft, tweede viool te blijven spelen zolang de Duitse Grondwet van kracht is – werd ten principale echter juist geacht. Het Tsjechische Constitutionele Hof ging hier niet in mee. Dat wil zeggen: ondanks een uitdrukkelijk beroep hierop, weigerde het deze lezing toe te passen op de Tsjechische situatie.¹² In het bijzonder verzette de *Ústavní soud* zich tegen de opvatting van zijn collega in Karlsruhe dat democratie op het niveau van de Unie, vanwege het ontbreken van een Europese *demos*, slechts aanvullend van aard kan zijn. Hiermee miskende het *Bundesverfassungsgericht* volgens het Tsjechische Hof dat ‘the democratic process on the Union and domestic levels mutually supplement and are dependent on each other.’¹³ De Tsjechische klagers, aldus de *Ústavní soud*, waren dan ook ‘mistaken if they contend that ‘representative democracy can only exist inside states, inside sovereign subjects’.’¹⁴

Deze laatste overweging laat mooi zien dat het meningsverschil tussen het Tsjechische en het Duitse Constitutionele Hof zich niet alleen beperkt tot het democratische potentieel van de Unie. Inherent aan dit meningsverschil is dat zij ook anders denken over de noties staat en soevereiniteit. Anders dan de *Ústavní soud* vindt, horen de begrippen staat, democratie en soevereiniteit wat betreft het *Bundesverfassungsgericht* wel degelijk als een soort drie-eenheid bij elkaar. Niet omdat de staat een doel in zichzelf is of dat Duitsland wil blijven hangen in de negentiende eeuw, maar omdat de staat constitutionele ruimte biedt om het zelf-

¹⁰ De procedurele context was anders. De Tsjechische *Lissabon*-uitspraak betrof een *ex ante* toetsing; de Duitse *Lissabon*-uitspraak een *ex post* toetsing.

¹¹ Resp. art. 1 lid 1, art. 10a, en art. 9 lid 2 van de Tsjechische Grondwet.

¹² De Tsjechische klagers beriepen zich nadrukkelijk op het Duitse *Lissabon*-Urteil. Zie r.o. 110 in het voornoemde arrest *Lissabon II* van de *Ústavní soud*.

¹³ *Lissabon II* (Us), r.o. 139. Merk verder op dat *Ústavní soud* verwijst naar een passage van A-G Maduro bij een zaak, *Rottmann*, die hierna, in § 7.3.3 en vooral § 8.2, ook nog uitgebreid in beeld zal komen.

¹⁴ *Ibid.*

beschikkingsrecht, de nucleus van democratie, uit te oefenen.¹⁵ Zo geredeneerd verliest het Tsjechische Hof, waar het tegenspreekt dat ‘democracy can only exist inside states, inside sovereign subjects’, uit het oog wat de reden is dat staten als soevereine subjecten worden gezien. Te weten dat zij een vehikel vormen voor verschillende politieke gemeenschappen, de werkelijke soevereinen. Hiermee is vervolgens in de ogen van Karlsruhe ook meteen gegeven waarom democratie in Europa niet op meerdere niveaus op gelijke wijze kan opbloeien. Bij gebreke aan wat het Duitse Hof zelf omschrijft als ‘verfasster politischer Primärraum’, een term die nog vaker zal klinken in dit hoofdstuk, valt namelijk de bodem onder het recht op zelfbeschikking vandaan.¹⁶

De opvatting van het *Bundesverfassungsgericht* dat democratie niet wezenlijk kan worden losgeweekt van de staat, dwingt tot een uitkomst die in deze studie reeds meerdere malen de revue is gepasseerd, maar tot op dit moment nagenoeg onbesproken is gebleven: het uitgangspunt dat soevereiniteit, in een democratie een synoniem voor het recht op zelfbeschikking, niet kan worden gedeeld of opgesplitst. Vertaald naar de context van de Unie betekent dit: ofwel de lidstaten zijn soverein en de Unie is een veredelde internationale organisatie, ofwel de Unie is soverein en de lidstaten bouwstenen van wat eigenlijk een Europese staat is.¹⁷ *Tertium non datur*. Het Tsjechische Constitutionele Hof lijkt afstand van deze gedachte te nemen. In een apart aan het thema soevereiniteit gewijd onderdeel, stelt de *Ústavní soud* vast dat de lidstaten in het kader van Europese integratie opereren volgens een modus die is gebaseerd op ‘the concept of shared – “pooled” – sovereignty’.¹⁸ Kern van deze filosofie, zo legt het Hof uit, is ‘that the transfer of certain state competences, that arises from the free will of the sovereign, and will continue to be exercised with the sovereign’s participation in a manner that is agreed upon in advance and is subject to review, is not a conceptual weakening of sovereignty, but, on the contrary, can lead to strengthening it within the joint actions of an integrated whole.’¹⁹

¹⁵ *Lissabon*, r.o. 224; 301.

¹⁶ *Ibid.*, r.o. 301.

¹⁷ Waarbij, in het eerste geval, dus in het achterhoofd moet worden gehouden dat de lidstaten alleen soverein zijn als ‘agents’ van hun respectievelijke volkeren. Zolang het paradigma van volkssoevereiniteit wordt aangehouden – iets dat bijna alle lidstaten doen – is de soevereiniteit van de staat altijd een afgeleide soevereiniteit, die pas vorm krijgt als een volk op de een of andere wijze met de buitenwereld te maken krijgt. In het tweede geval liggen de kaarten in principe niet anders. Ook de Unie zou als normatief construct moeilijk tevoorschijn kunnen komen als uiteindelijke drager van de soevereiniteit, en een preconstitutionele *demos* nodig hebben. In deze zin laat ook het BVerfGE zich uit in de *Lissabon*-uitspraak (zie r.o. 217; 277; 280; 286).

¹⁸ *Lissabon II* (Us), r.o. 147. Vgl. ook *Lissabon I* (Us), r.o. 98-108.

¹⁹ *Ibid.* (Cursivering van mij, JWvR).

HOOFDSTUK 7

7.2.2 *Zelfbeschikking als ratio achter soevereiniteit*

Het idee dat soevereiniteit kan worden gedeeld of ‘gepooled’ druist in tegen de opvattingen van de geestelijke aartsvader van de notie, Jean Bodin. Dit valt op te maken uit zijn bekende uitspraak dat men hier te maken heeft met ‘la puissance perpétuelle et *absolue* d’une république’, waarmee de Fransman zijn koning een constitutioneel wapen in handen wilde geven om machtsaanspraken van de adel, kerk en keizer van zich af te schudden.²⁰ Zeker onder Nederlandse juristen is de overtuiging wijdverbreid dat deze omschrijving achterhaald is. Anno vandaag, luidt de kritiek, is het immers niet goed meer vol te houden dat een staat over de bevoegdheid beschikt ‘de donner loy à tous en general, et à chacun en particulier’, zoals een ander vermaard devies van Bodin klinkt. Die bevoegdheid ligt sinds jaar en dag ook in handen van verschillende internationale en regionale organisaties, in het bijzonder uiteraard de EU.

Snijdt deze kritiek hout? Neen. Het argument dat (lid)staten niet langer het alleenrecht op regelgeving hebben – iets dat inderdaad zonneklaar is – miskent namelijk waar het om gaat wanneer de aard van soevereiniteit ter discussie wordt gesteld. Zoals eerder ook al aan de orde werd gebracht, is het in dit verband van belang om een onderscheid te maken tussen soevereiniteit als zodanig en de uitoefening van soevereiniteit.²¹ In het gros van de Europese lidstaten is het gemeengoed dat, *an sich*, soevereiniteit betrekking heeft op de vraag waardoor overheidshandelingen worden gelegitimeerd en waardoor zij hun geldigheid verkrijgen. Wordt over de *uitoefening* van soevereiniteit gesproken, dan gaat het meestal over de vraag wat de begunstigden van soevereiniteit, geconstitueerde machten, hiermee naar buiten toe kunnen doen. Soevereiniteit wordt dan ofwel een synoniem voor de een of andere bevoegdheid die aan een internationale organisatie wordt opgedragen, ofwel zij staat symbool voor het samenstel van rechten en plichten waarover staten als internationale actoren kunnen beschikken.

Toen Jean Bodin in de zestiende eeuw met zijn conceptie van soevereiniteit naar buiten kwam, liepen deze twee dimensies van het leerstuk nog goeddeels door elkaar heen. De monarch, bij de Fransman personificatie van de ‘république’, was feitelijk zowel bron van gezag als het primaire staatsorgaan.²² Onder invloed van de Verlichting bleek echter gaandeweg dat deze voorstelling van zaken niet langer houdbaar was. Dat wat Bodin als absolute, ondeelbare grootheid poneerde – het ‘droit de gouvernement’ – schreeuwde om legitimatie. Als gevolg hiervan kwam steeds meer bloot te liggen wat uiteindelijk de belangrijk-

²⁰ Zie over Bodin *supra*, § 1.2.

²¹ Zie e.g. *supra*, § 3.3.2.

²² Formeel was de soevereiniteit van de vorst bij Bodin afgeleid van God. Zie Lindahl, ‘Vorst, op God na’, 122. Tegelijkertijd werd God door Bodin op zo’n grote afstand van de wereld geplaatst dat vorsten zich in de praktijk ook als bron van gezag gingen beschouwen. Vgl. *infra*, § 8.3.2.

ste erfenis van de theorie van de Fransman zou worden. Niet zozeer de inmiddels achterhaalde notie van een machtsvolkomen staat, als wel het intellectuele dilemma hoe je een scheppende overheid in verband brengt met het *Leitmotiv* van de Verlichting, individuele vrijheid. Regelmatig hebben bijdragen over soevereiniteit weinig oog voor deze nuance, en blijven ze hangen bij Bodin.²³ Hierdoor missen zulke bijdragen dat het centrale probleem in het debat over soevereiniteit en Europese integratie bij de vraag ligt hoe een van de belangrijkste derivaten van het uitgangspunt van individuele vrijheid, het recht op collectieve zelfbeschikking, vorm kan krijgen binnen een construct dat het traditionele statelijke omhulsel van dit recht in twijfel trekt.

Het interessante aan de *Lissabon*-jurisprudentie van het Tsjechische Constitutionele Hof is dat hierin wel een poging wordt gedaan om dit probleem bij de horens te vatten. Zoals het citaat hierboven laat zien, is de essentie van de doctrine van de *Ústavní soud* dat de Tsjechische soevereiniteit niet verdwijnt bij de overheveling van bevoegdheden naar het niveau van de Unie, maar hierdoor juist versterkt wordt. De verklaring die het Hof hiervoor geeft, is tweeledig. Allereerst haakt het aan bij de veelgehoorde redenering dat de lidstaten zonder verdere integratie gedoemd zijn kopje onder te gaan in de wereld.²⁴ Dit argument klinkt op het eerste gezicht weinig juridisch. Wie zo redeneert, beweert in feite namelijk dat de soevereiniteit van een land valt af te meten aan de hand van criteria als omvang, bevolkingsgrootte en militaire slagkracht. China is zo bezien ‘sovereiner’ dan bijvoorbeeld Suriname. Uiteindelijk blijkt genoemd argument echter toch te passen in een meer juridische benadering. Bij een internationaal bestaan in de marge, zo legt de *Ústavní soud* in zijn eerste *Lissabon*-uitspraak uit, moet men zich ernstig afvragen of Europese landen erin zullen slagen ‘newly emerging world superpowers’ bij ‘the building of a new order in the globalized world’ op de ‘priority of values’ te wijzen.²⁵ En daarmee zou in meer fundamentele zin een schaduw over het leerstuk van soevereiniteit worden geworpen. Want, zo geeft de Tsjechische rechter als tweede reden voor zijn claim dat staten hun soevereiniteit kunnen delen op:

‘At the core of European civilization are values that are common to all developed world cultures. These values are human freedom and human dignity, which are the foundation of a human being’s self-determination. The functional forms of social cohabitation are based on an individual’s conscious self-restriction and acceptance of order. The same principles also lead to higher

²³ Zie e.g. Sillen, ‘Verdragen die afwijken van de Grondwet en beperking van soevereiniteit’; Brinkhorst, *Europese Unie en nationale soevereiniteit*. Vgl. ook Hirsch Ballin, ‘Soevereiniteit in de Europese Unie’, 2010; T. Koopmans, ‘De Europese Gemeenschappen en het Nederlandse staatsbestel’, *RMThemis* (1980) 373-377.

²⁴ *Lissabon I* (Us), r.o. 102. Vgl. ook Oeter, ‘Federalism and Democracy’, 56 en referenties aldaar.

²⁵ *Ibid.*

HOOFDSTUK 7

forms of effective human organization, whether a municipality, state, or forms of integration of states.²⁶

Kortom, waar het *Bundesverfassungsgericht* als gevolg van het Europese integratieproces gevaren signaleert voor de ratio achter soevereiniteit, ziet de *Ústavní soud* in dit proces bovenal kansen voor de ontplooiing van dit uitgangspunt. Zelfbeschikking, zo kan men de redeneerwijze van het Tsjechische Hof samenvatten, kan onder de huidige omstandigheden in Europa alleen maar succesvol gerealiseerd worden als soevereiniteitsclausules in nationale constituties op een onorthodoxe manier worden geïnterpreteerd. Alleen dan namelijk kan recht worden gedaan aan het fundament van het zelfbeschikkingsrecht: de principes van menselijke vrijheid en menselijke waardigheid.

7.2.3 Kool en geit

Met de these dat soevereiniteit, als gevolg van de onderliggende ratio van zelfbeschikking, niet bedreigd wordt door het integratieproces, sluit het Tsjechische Constitutionele Hof aan op het discours van constitutioneel pluralisme. Wat betreft de specifieke overweging dat hiermee het bewijs wordt geleverd voor de mogelijkheid van ‘shared – “pooled” – sovereignty’, valt vooral de gelijkenis met de theorie van multilevel constitutionalisme op. Kern van deze theorie, zo werd eerder uitgelegd, is dat het fundament onder de EU in de eerste plaats gevormd wordt door burgers, en niet zozeer door de lidstaten.²⁷ Dit op basis van de veronderstelling dat ‘in modern democracies the citizens are the basis and origin of whatever public authority and decision-making power, whether vested with national, European, or possibly even global institutions.’ Aldus wordt een centrale pijler onder de *Lissabon*-uitspraak van het Duitse Constitutionele Hof vandaan getrokken. Te weten dat burgers, ter bereiking van hun democratische doelen, behoefte hebben aan ‘politischer Primärraum’. Gegeven het betoog dat ‘the democratic process on the Union and domestic levels mutually supplement and are dependent on each other’, komt het voor dat in de *Lissabon*-jurisprudentie van de *Ústavní soud* hetzelfde gebeurt. Bij zorgvuldige lezing van de bewuste rechtspraak blijkt echter dat het te ver voert om hieruit de conclusie te trekken dat de Tsjechische doctrine als equivalent van de theorie van multilevel constitutionalisme kan worden beschouwd.

Neem om te beginnen weer de *Slowaakse pensioenen*-zaak. In deze uitspraak behoudt het Tsjechische Constitutionele Hof zich principieel het recht voor om te toetsen of Europese regelgeving en handelingen van Europese instituties wel in overeenstemming zijn met het Tsjechische constitutionele recht.

²⁶ *Ibid.*, r.o. 103.

²⁷ *Supra*, § 5.8.1.

Dus, hoewel de Unie volgens de *Ústavní soud* een ‘*sui generis* entity’ vormt ‘which can hardly be subsumed into classical categories of constitutional theory’,²⁸ staat kennelijk nog steeds overeind dat nationale rechters in grensgeschillen het laatste woord houden. Dat het Tsjechische Hof dit recht opeist, komt niet als een volslagen verrassing. Ook in zijn *Lissabon*-jurisprudentie maakte het dit voorbehoud. Door de *Slowaakse pensioenen*-zaak rijst echter wel de vraag in hoeverre de EU nu werkelijk kan worden beschouwd als ‘an integrated whole’, zoals de Tsjechische rechter in zijn tweede *Lissabon*-oordeel betoogde. Opmerkelijk is vooral dat de *Ústavní soud* naliet om, voorafgaand aan zijn oordeel dat met de *Landtová*-uitspraak van het HvJ sprake was van een bevoegdheidsoverschrijding onder de Tsjechische constitutie, eerst een prejudiciële vraag in Luxemburg voor te leggen.²⁹ Gedacht vanuit het perspectief dat het verband van Unie en lidstaten in fundamentele zin een eenheid vormt, had dit niet achterwege mogen blijven bij een dreigende onverbindendverklaring van een Uniehandeling. Zo bezien handelde niet het HvJ *ultra vires*, maar het Tsjechische Hof zelf.

Moet op grond van de *Slowaakse pensioenen*-zaak achteraf worden geconcludeerd dat de visie op het integratieproces die door het Tsjechische Hof in de *Lissabon*-zaken werd uitgedragen, minder revolutionair was dan in commentaren wel is beweerd? Deze conclusie volgt niet automatisch. Zoals men in Duitsland ook ondervonden heeft, laten theorie en praktijk zich in rechterlijke beslissingen soms moeilijk met elkaar verbinden. Met betrekking tot het relaas van de rechters uit Brno in de *Lissabon*-zaken, lijkt de vraag niettemin gerechtvaardigd of hierin wel werkelijk sprake was van een accentverschuiving. Zeker, op het dossier Europese democratie zetten deze rechters zich in *Lissabon II* openlijk af tegen de interpretatie van hun collega’s in Karlsruhe. Dit verschil in inzicht krijgt echter geen gevolg waar het de constitutionele verhouding tussen de Unie en de lidstaten betreft. Zo beklemtoont de *Ústavní soud* net als het *Bundesverfassungsgericht* dat de lidstaten onder het VvL ‘masters of the Treaties’ blijven.³⁰ En ook ten aanzien van de bevoegdheid om te controleren of Europese handelingen het attributiebeginsel en de constitutionele identiteit respecteren volgt de Tsjechische rechter een soortgelijke weg als het Duitse Hof. Deze vindt haar grondslag in een grondwettelijke delegatiebepaling die op haar beurt weer gekoppeld is aan een artikel waarin de soevereiniteit van de Tsjechische Republiek is neergelegd.³¹

Alles bij elkaar heeft het er uiteindelijk veel van weg dat de *Ústavní soud* in zijn *Lissabon*-jurisprudentie kool en geit heeft willen sparen. Zoals vaker het geval is wanneer deze combinatie gezocht wordt, komt dit de interne consistentie van het betoog van de Tsjechische rechter niet ten goede. Want waaruit blijkt nu precies dat de EU zich heeft weten te ontworstelen aan het klassieke para-

²⁸ *Lissabon II* (Us), r.o. 147.

²⁹ Zie in deze zin ook Komárek, ‘Playing with Matches’.

³⁰ *Lissabon I* (Us), r.o. 106.

³¹ Resp. artikel 10a lid 1 en artikel 1 lid 1 van de Tsjechische Grondwet.

HOOFDSTUK 7

digma van een internationale organisatie als de constitutionele regie over de koers van het integratieproces, zoals Brno tegelijkertijd beweert, nog steeds stevig in handen van de lidstaten ligt? Tekenend is de volgende passage in *Lissabon I*, kort nadat de conceptie van gedeelde soevereiniteit is gemunt:

‘It is more a linguistic question whether to describe the integration process as a “loss” of part of sovereignty, or competences, or, somewhat more fittingly, as, e.g., “lending, ceding” of part of the competence of a sovereign. It may seem paradoxical that they [sic] key expression of state sovereignty is the ability to dispose of one’s sovereignty (or part of it), or to temporarily or even permanently cede certain competences.’³²

Hiermee wordt goed duidelijk dat het voorbarig is geweest om, zoals werd aangekend door een redactioneel commentaar in het *European Constitutional Law Review* bij de *Lissabon II*-uitspraak, aan te nemen dat het Tsjechische Hof afscheid heeft genomen van een voorstelling waarin soevereiniteit ‘essentially national property’ blijft.³³ Ondanks constitutionele vergezichten over de aard van het recht op zelfbeschikking – als gezegd op zichzelf genomen een andere inzet dan men in de Duitse rechtspraak aantreft – slaagt, wanneer puntje bij paaltje komt, ook de *Ústavní soud* er namelijk niet in om uit te leggen in welk opzicht soevereiniteit door het Europese integratieproces een wezenlijk ander gezicht heeft gekregen. Wat gedeeld of ‘gepooled’ wordt bij de rechter uit Brno, zijn *bevoegdheden*; het *zelfbeschikkingsrecht als zodanig* lijkt voorbehouden te blijven aan de individuele lidstaatvolkeren en kan dankzij het proces van integratie hooguit ook in gezamenlijkheid worden uitgeoefend.³⁴ Als de zaken zo liggen, dringt zich de vraag op of in de *Lissabon*-zaken ten gronde werkelijk een ander standpunt wordt ingenomen dan de positie die door het *Bundesverfassungsgericht* wordt uitgedragen. Ook Karlsruhe heeft immers geen enkele moeite met toegeven dat het leerstuk van soevereiniteit zich er niet tegen verzet dat belangrijke bevoegdheden die in het verleden nauw met staatsgezag werden geassocieerd – de Duitse rechter spreekt in dit verband van *Hoheitsrechte* – inmiddels op supranationaal niveau worden uitgeoefend en daar gedeeltelijk ook worden gelegitimeerd door een Europees democratisch proces.

Wat zich in de hierboven aangehaalde redenering lijkt te wreken, is dat de *Ústavní soud* staatsrechtelijke en volkenrechtelijke opvattingen over soevereiniteit door elkaar haalt. De paradox die de Tsjechische rechter met betrekking tot soevereiniteit ontwaart – dat de ‘key expression of state sovereignty is the ability to dispose of one’s sovereignty’ – is alleen maar een paradox wanneer men geen oog heeft voor het feit dat soevereiniteit in volkenrechtelijke zin een reflectie

³² *Lissabon I* (Us), r.o. 104.

³³ Reestman en Besselink, ‘Editorial: On the *Lissabon*-Urteil’, 345.

³⁴ Zie over de constructie van deelstaatvolkeren die in gezamenlijkheid in het EP vertegenwoordigd worden uitgebreid de dissertatie van Duchateau, *Het Europees Parlement als transnationale volksvertegenwoordiging*.

vormt van soevereiniteit in staatsrechtelijke zin en als zodanig, anders dan soevereiniteit het moederbegrip, kan worden opgeknipt in bevoegdheden. De theorie van multilevel constitutionalisme, de doctrine waarmee de Tsjechische *Lissabon*-jurisprudentie wat betreft het uitgangspunt dat democratie geen behoefte heeft aan ‘verfasster politischer Primärraum’ gelijkenissen vertoont, stapt niet in deze valkuil. Daar ziet de notie van soevereiniteit niet zozeer toe op de mogelijkheid om bevoegdheden over te hevelen, als wel op de omstandigheid dat burgers in staat moeten worden geacht instituties en overheidslagen zodanig te organiseren dat hun belangen daar worden gerepresenteerd waar dit het meest effectief is. Anders dan het Tsjechische Hof – maar net als het *Bundesverfassungsgericht* – vat de theorie van multilevel constitutionalisme het leerstuk van soevereiniteit dus primair op als een notie die betrekking heeft op het vermogen juridisch gezag te constitueren en te kanaliseren.

Onbedoeld illustreert de *Lissabon*-jurisprudentie van het Tsjechische Constitutionele Hof fraai waarom het dogma van gedeelde soevereiniteit een oxymoron is. Het delen van soevereiniteit is alleen maar mogelijk als men het begrip voorstelt als bundel van bevoegdheden. Zo wordt echter voorbij gegaan aan wat, zoals eerder al werd gezegd, de kern is van het probleem dat met soevereiniteit wordt gesteld: de veel meer existentiële vraag wat in algemene zin de *grondslag* is voor de uitoefening van bevoegdheden. Getuige ook de manier waarop in Nederland over het fenomeen wordt gepraat – niet alleen door juristen, maar vooral ook door politici – is het gemakkelijk om dit onderscheid uit het oog te verliezen. Men doet er echter goed aan dat niet te doen. Wie het begrip neerzet als container van specifieke bevoegdheden, reduceert soevereiniteit feitelijk tot leeg begrip; in staatsrechtelijke zin althans is niet duidelijk wat soevereiniteit nog betekent, indien datgene waar zij voor staat vrij verhandelbaar is en ook verhandeld wordt. In de literatuur is dit inzicht wel opgevat als aansporing om het fenomeen geheel uit het lexicon van de jurist te schrappen.³⁵ Op deze manier wordt echter het kind met het badwater weggegooid. Indien soevereiniteit als juridisch concept naar de prullenbak wordt verwezen, raak je namelijk ook het gereedschap kwijt om grip te kunnen krijgen op de meta-constitutionele vraag waardoor het recht zijn gelding verkrijgt.³⁶

³⁵ Konrad Schieman, ‘Europe and the Loss of Sovereignty’, 56 *International and Comparative Law Quarterly* (2007) 475-490.

³⁶ Bovendien houden dergelijke pleidooien weinig rekening met het feit dat soevereiniteit in veel lidstaten vertaling heeft gevonden in het positieve recht en alleen al daarmee onderdeel is van de normatieve werkelijkheid. Zie Hoogers en Van den Driessche, ‘Een democratisch soevereiniteitsbegrip’, 53-55. Vgl. verder: Walker, ‘Late Sovereignty in the European Union’, 15-17 (‘double hermeneutic’).

HOOFDSTUK 7

7.3 Multilevel constitutionalisme en de paradox van soevereiniteit

7.3.1 Een soeverein met verschillende verschijningsvormen

Uit de bovenstaande analyse kan worden opgemaakt dat ten aanzien van de kwestie van soevereiniteit het betoog van het Tsjechische Constitutionele Hof niet overtuigt. Maar hoe zit dit met diens daaraan gekoppelde verhaal over democratie? Wat als de *Ústavní soud* deze lijn consequent had doorgetrokken, en naar analogie met de theorie van multilevel constitutionalisme tot de conclusie was gekomen dat de exclusieve status van lidstaatvolkeren in de Unie is doorbroken? Hier belanden we bij het conceptuele dilemma dat aan het einde van het vorige hoofdstuk werd opgeworpen: te weten de vraag of het theoretisch mogelijk is dat een gemeenschap haar zelfbeschikkingsrecht compromitteert zonder dit tegelijkertijd op te geven. Als gezegd, is dit een aanname die ten grondslag ligt aan alle pluralistische narratieven over de EU; in ieder geval aan narratieven die normatief zijn ingekleurd. Op deze plek zal eerst de theorie van multilevel constitutionalisme onder de loep worden genomen. Dit omdat deze stroming, anders dan bijvoorbeeld met het constitutioneel pluralisme van Maduro het geval is, het principe van zelf-referentialiteit volledig loslaat en onverholen stelling neemt tegen de suggestie dat soevereiniteit een ‘verfasster politischer Primär-raum’ impliceert. Soevereiniteit, zo kan de theorie van multilevel constitutionalisme worden begrepen, veronderstelt niet per se dat van een eenduidige Europese dan wel nationale politieke gemeenschap sprake is.³⁷

Een belangrijk gevolg van deze voorstelling van zaken is dat, behalve claims op nationale soevereiniteit, ook de autonomieclaim van het HvJ terzijde wordt geschoven. Autonomie, zo heet het, was een beginsel dat vooral richtinggevend was in de begindagen van het Europese integratieproces, toen de Gemeenschap zich nog moest losvechten van klassieke concepties omtrent soevereiniteit bij de lidstaten. Nu de verhouding tussen de lidstaten en de Unie meer in balans is – volwassener is geworden – zou er echter geen noodzaak meer bestaan om aan dit axioma vast te houden.³⁸ De Unie en de lidstaten, aldus de theorie van multi-

³⁷ Zie Oeter, ‘Federalism and Democracy’, 64-68. Vgl. ook Pernice, ‘Multilevel constitutionalism in the European Union’, 511; Verhoeven, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, 52.

³⁸ Zie Von Bogdandy, ‘Founding Principles’, 38-39. Vgl. ook Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie*, die, op p. 12-15, op basis van een vergelijkbare redenering betoogt dat de autonomie van het Europese recht op de helling kwam te staan op het moment dat het HvJ begin jaren zeventig, in het arrest *Internationale Handelsgesellschaft*, ‘omging’ ten aanzien van de vraag of secundair EG-recht getoetst zou moeten kunnen worden aan grondrechten. Hoewel het Hof, zoals eerder reeds is besproken, benadrukte dat grondrechtenbescherming ‘in het kader van het communautaire bestel’ werd verzekerd, volgde volgens Besselink uit de ‘grote ommezwaai’ die het in dit arrest maakte dat er *de facto* een einde kwam aan de auto-

level constitutionalisme, zijn samen onderdeel van één overkoepelende rechtsorde. In deze rechtsorde, die ook wel *Verfassungsverbund* wordt genoemd, valt er geen hoogste norm aan te wijzen die voor eenheid zorgt en hiërarchie creëert. Nee, de eenheid van de Europese *Verfassungsverbund*, die in de rechtsorde dus tot heterarchie leidt, volgt uit datgene wat aan de rechtsorde voorafgaat, maar hier wel intrinsiek op betrokken is: het soevereine collectief van verschillende volkeren of individuen. Er is daarom wel een maatschappelijk verdrag; alleen dit maatschappelijk verdrag leidt niet, zoals bij Rousseau, tot een rigide unitaire staatsconceptie.³⁹ Los van de vraag of dit een geloofwaardige redenering vormt, is dit een intern consistent standpunt. Behalve als wordt aangenomen dat de soevereiniteit in Europa geheel naar de Unie is overgegaan, is het, zoals in het vorige hoofdstuk in een andere context al ter sprake is gekomen, moeilijk het leerstuk van de autonome rechtsorde te handhaven als tegelijkertijd claims op nationale soevereiniteit worden gerelativeerd. In dat geval zou worden miskend dat autonomie, indien consequent doorgevoerd, zelf veel weg heeft van een claim op soevereiniteit.⁴⁰

Dan nu de vraag of de centrale premisse van multilevel constitutionalisme met betrekking tot het leerstuk van soevereiniteit stand kan houden. Kan een samenstel van verschillende volkeren of individuen nu eens als nationaal collectief handelen en dan weer als Europees collectief, zonder dat in termen van hiërarchie een principiële keuze wordt gemaakt voor een van beide collectieven? Om hier uitspraken over te kunnen doen, moet worden teruggegrepen op de bevindingen in hoofdstuk twee. Soevereiniteit, zo was de uitkomst daar, is een grensbegrip. Zelf strikt genomen refererend aan een politiek feit, is het fenomeen geprogrammeerd om een brug te slaan tussen de politiek en die andere grootheid die elk samenlevingsverband uiteindelijk in zijn greep houdt: de norm. Daar slaagt de notie echter maar ten dele in, en dan ook nog op paradoxale wijze. Norm en feit – recht en politiek – veronderstellen elkaar; staan tot elkaar in een dialectische relatie. Enerzijds lijkt het onbetwistbaar – zelfs in Kelsens *Rei-*

nomie van de EG. Voor de inhoud van Europese grondrechten ging de Luxemburgse rechter namelijk ten rade bij de beginselen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben.

³⁹ Zie in het bijzonder Ingolf Pernice, Franz C. Mayer en Stephan Wernicke, 'Renewing the European Social Contract: The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism', WHI Paper 11/01, die, op p. 10-11, stellen dat de 'justification for choosing a term fraught with philosophical connotations lies in its modernity. Questioning the sources of legitimacy, explaining who is at the origin of the conclusion of international treaties, and in particular the treaties on the European Union, unavoidably leads to models of modern contract theories whereby the individuals of Member States, acting through their respective institutions, contract. There is no legitimacy without individuals. Even if one submits that the legitimacy of the European Union is drawn from the Member States, given that they are democratic states, their source of legitimacy can only be their citizens, and there is, ultimately, no other possible source of legitimacy than the common will of these citizens who are the citizens of the European Union.'

⁴⁰ Vgl. *supra*, § 5.8.3.

HOOFDSTUK 7

ne Rechtslehre zijn sporen van deze erkenning te ontdekken – dat recht niet kan worden verklaard zonder hierbij een voorafgaand feitencomplex te denken. Een constitutie, doorgaans de hoogste norm van een maatschappij, is voor haar gelding afhankelijk van een politieke beslissing. Anderzijds valt conceptueel gezien echter moeilijk in te zien hoe zo'n beslissing ooit tot stand kan komen. De totstandkoming hiervan veronderstelt dat er reeds in een preconstitutionele toestand een collectief – een 'wij' – voorhanden is dat kan handelen. Ter bewerkstelling van collectiviteit is zelf evenwel een beslissing nodig die logischerwijze niet door de *pouvoir constituant* in kwestie kan worden genomen. Wat deze beslissing behelst, is namelijk wie er tot de *pouvoir constituant* behoort. Eenheid, de noodzakelijke status van een 'wij', is met andere woorden altijd *geconstitueerde eenheid*.⁴¹

Voor de theorie van multilevel constitutionalisme pakt het dialectische karakter van soevereiniteit nadelig uit. Essentie van deze conceptie is dat een soeverein, die, de lessen van de Abbé Sieyès indachtig, zich zelf buiten het recht bevindt, in de Europese rechtsorde gerepresenteerd kan worden zonder dat hierin een Archimedisches punt aanwezig is dat met deze soeverein correspondeert. Waar het algemene belang wordt vastgesteld, staat dus niet op voorhand vast. Dat kan in de context van nationale wetgevingsprocessen zijn, maar ook op het niveau van de Unie, met tussenkomst van het Europees Parlement, gebeuren. Probleem van deze voorstelling van zaken is dat wordt aangenomen dat een soeverein ook zelf bij machte is om te kiezen waar hij gerepresenteerd wil worden. Zoals zojuist in herinnering werd gebracht, is dit echter conceptueel onmogelijk. Een soeverein heeft een constitutionele norm of claim nodig die hem aanwijst als soeverein. Is een dergelijke norm, zoals in de *Verfassungsverbund*, afwezig, dan komen de burgers die geacht worden *pouvoir constituant* te zijn meteen op drijfzand te staan.⁴² Of, om het probleem anders te stellen: bij onduidelijkheid over de vraag op welk niveau in een concrete situatie het algemeen belang moet worden geformuleerd, kan niet worden teruggevallen op een verzameling individuen.⁴³ Wat geldt als algemeen belang of algemene wil, kan namelijk alleen maar door middel van representatie worden vastgesteld.

⁴¹ *Supra*, § 2.6.

⁴² Zie in dezelfde zin: Walker, 'Late Sovereignty in the European Union', 13-14, i.h.b. vn. 31 ('One does not overcome the problem of structural privileging (one institutional level over the other, JWvR) by moving from the institutional level to the level of the citizenry since what counts as an authoritative expression of the views of the citizenry merely begs the question of what counts as the authoritative unit of expression, whether the national citizenries separately or the European *citizenry* collectively, which requires a prior privileging decision.') Vgl. ook Jan Willem Casper van Rossem, 'Patrolling the Borders of the EU Legal Order: Constitutional Repercussions of the *Kadi* Judgment', 5 *Croatian Yearbook of Law and Policy* (2009) 93, 99-100.

⁴³ Met opzet wordt hier gesproken van een verzameling of collectief van *individuen*, en niet van de verzamelde (Unie)*burgers*. Conceptueel geredeneerd, lijkt het namelijk niet zuiver om burgers als soevereinen op te vatten. Burgerschap is in principe een categorie die door het

Ironisch genoeg, valt de theorie van multilevel constitutionalisme uiteindelijk dus ten prooi aan dezelfde denkfout waar Schmitt ook in verviel. Alle nadruk op rechtsstatelijke waarden ten spijt, beroept de theorie zich met haar individualistisch ingestelde, constant in wisselende samenstellingen bij elkaar komende Europese burgerij op een primaat van de politiek. Dat primaat is, constitutioneel gezien, echter niet onverkort houdbaar en wordt het narratief van multilevel constitutionalisme fataal. De enige manier om dit defect te repareren, is door in het recht toch een generatieve norm aan te wijzen die de eenheid van de burgers van de Unie kan verklaren. Probleem van zo'n norm, die bijvoorbeeld in artikel 48 EU (verdragswijziging) kan worden gevonden,⁴⁴ is echter dat je daarmee *de facto* uitkomt op de conclusie dat de Europese *Verfassungsverbund* een hiërarchie vormt en, als gevolg hiervan, dat de Unie ten koste van de lidstaten soeverein is geworden.⁴⁵ En dat is een uitkomst die uiteraard niet door de theorie van multilevel constitutionalisme wordt onderschreven.

7.3.2 *Duale democratie*

De conclusie dat een soeverein ergens in het recht een uniformerend houvast nodig heeft om zich te kunnen manifesteren, betekent niet dat het door de theorie van multilevel constitutionalisme opgeroepen beeld van een *Verfassungsverbund* meteen onbruikbaar wordt. In descriptieve zin blijft de term van waarde. Onmiskenbaar vindt er tussen het Unierecht en het nationale recht een uitwisseling van constitutionele waarden plaats en zijn er in beide regimes diverse mechanismen ingebouwd die dit proces begeleiden. Wanneer met de notie echter wordt uitgedrukt dat nationale soevereiniteit en autonomie hun verklarende wer-

recht wordt ingesteld (vgl. in het VvM art. 8: 'Er wordt een burgerschap van de Unie ingesteld'). Burgers zijn dus zuiver gezien primair *pouvoirs constitués*, die net als een instituut als het parlement een *representatieve* functie hebben. Vgl. Lindahl, 'Acquiring a Community', 443. Zie ook het onderscheid tussen art. 20 GG en art. 146 GG, zoals besproken in § 3.3.1.

⁴⁴ Zie *infra*, § 9.6.

⁴⁵ Hiërarchie wordt hier dus niet, zoals vaak gebeurt, primair opgevat in de sleutel van de rechtsbetrekking tussen rechters of andere instituties. Ook ligt in het bovenstaande besloten dat de aanwezigheid van hiërarchie niet valt of staat met de rechtsgevolgen die aan de interactie tussen regels worden verbonden. Anders gezegd: de omstandigheid dat de relatie tussen Europees recht en nationaal recht wordt beheerst door het principe van *Anwendungsvorrang* in plaats van *Geltungsvorrang* bewijst niet dat de Unie en de lidstaten in een heterarchische relatie tot elkaar staan. (Vgl. wat dit laatste punt reeds § 4.5.) Waar het, zoals uit de argumentatie hierboven volgt, bij de vraag of sprake is van hiërarchie dan wel heterarchie in fundamentele zin beweerdelijk uiteindelijk om draait, is of er *in* een rechtsorde een norm valt aan te wijzen die een basale vorm van eenheid genereert – een constitutie of, meer specifiek, een constitutionele norm die handelt over soevereiniteit, representatie of het vraagstuk van stichting. Waar het in het vervolg van deze studie over hiërarchie wordt gesproken, zal deze opvatting van de notie als leidraad worden genomen.

HOOFDSTUK 7

king hebben verloren, houdt zij op nuttig te zijn. Soevereiniteit representeert, vanwege de connectie met eenheid, een claim op absoluteheid, binnen en buiten de rechtsorde. Aan de logica hiervan valt beweerdelijk niet te ontsnappen. Ook niet door er bijvoorbeeld op te wijzen dat het Unierecht wordt gelegitimeerd volgens het zogenaamde model van duale democratie; een notie die verwijst naar artikel 10 lid 2 EU, waarin gesteld wordt dat het Europees Parlement de burgers van de *Unie* vertegenwoordigt, en de Europese Raad en de Raad de lidstaten, die op hun beurt weer democratische verantwoording verschuldigd zijn aan hun *nationale* burgers.⁴⁶ Artikel 10 lid 2 EU zou kunnen worden opgevat als codificatie van het door de theorie van multilevel constitutionalisme uitgedragen axioma dat de soeverein van de EU verschillende, aan elkaar gelijkwaardige gedaantes kan aannemen. Een dergelijke interpretatie overtuigt echter niet; althans niet voor zover hiermee gesuggereerd wordt dat een dergelijke gedaantewisseling geen principiële tegenstrijdigheid oplevert. Zeker, in artikel 10 lid 2 treft men twee verschillende representatieopdrachten aan. Om de geldigheid van de bepaling zelf te kunnen verklaren, beland je echter weer bij de vraag uit wiens naam deze tot stand is gekomen – met welk algemeen belang zij correspondeert. En die vraag is alleen te beantwoorden met een beroep op een – reeds geconstitueerde – eenheid.

Het bovenstaande leidt ondertussen op het eerste gezicht wel tot een wat gekunstelde situatie. Want hoe verhoudt de vaststelling dat soevereiniteit zich in een rechtsorde niet laat splitsen zich met het evidente feit dat in de Unie naar positief recht zowel Unieburgers als, via een omweg, nationale burgers worden vertegenwoordigd? Moet artikel 10 lid 2 VEU dus *contra legem* gelezen worden, in de zin dat een van beide representatieopdrachten in de betreffende bepaling kennelijk figureert als pleister op een houten been? Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Vergelijk het met de situatie in federale staten. Ook daar kom je op centraal niveau in beginsel twee organen met verschillende representatieopdrachten tegen.⁴⁷ Een manier om dit te verzoenen met het beginsel van volkssoevereiniteit is door de representatieopdracht van het orgaan dat de delen vertegenwoordigt op te vatten als correctie op de algemene regel dat

⁴⁶ Zie over het begrip duale legitimatie: Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 221-236.

⁴⁷ Zie bijvoorbeeld de constitutionele stelsels van Duitsland en de Verenigde Staten, waar met resp. de *Bundesrat* en de Senaat een orgaan in het leven is geroepen dat de delen vertegenwoordigt. Interessant is de rol van de Senaat in het Belgische constitutionele stelsel. Op dit moment heeft dat orgaan niet de uitdrukkelijke taak om de deelstaten te vertegenwoordigen, hetgeen te verklaren is doordat België ooit is begonnen als eenheidsstaat. Inmiddels geldt de Senaat in België behalve als reflectiekamer, een rol die bijvoorbeeld in Nederland ook de Eerste Kamer wordt toegeschreven, wel tevens als ontmoetingsplaats tussen federale staat en deelstaten. Dit komt tot uiting in de samenstelling van het Belgische hogerhuis; een gedeelte van de senatoren bestaat uit senatoren uit de deelstaatsparlementen. Over deze aanpak bestaat echter onvrede. Het regeerakkoord van de Belgische regering uit 2011 voorziet er daarom in de Senaat om te vormen tot echte deelstaatkamer. Zie P. Popelier, 'Het Koninkrijk België', in: Besseling e.a., *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, 24-25.

het publieke belang van de soeverein, de politieke gemeenschap van het geheel, maatgevend is. Op grond van deze constructie staat de soeverein, bij wijze van zelfbinding, dus als het ware toe dat er bij het nemen van besluiten ook rekening wordt gehouden met de belangen van de deelgemeenschappen – vanwege historische redenen of omdat hij dit vanuit het oogpunt van (verticale) machtscheiding wenselijk acht. Aan de *Kompetenz-Kompetenz* van het geheel tegenover de delen zou deze doorbreking binnen een dergelijke lezing echter niet afdoen.⁴⁸ Ook al wordt een deelgemeenschap op centraal niveau rechtstreeks gerepresenteerd, zij heeft, indien het conceptuele schema wordt gevolgd dat in deze studie als leidraad wordt genomen, slechts een afgeleide status; de federale dimensie van democratie prevaleert in laatste instantie boven de deelstatelijke dimensie van democratie.

De gedachte dat een van de twee gemeenschappen die de ruggengraat van een federaal gestructureerde entiteit vormen, ten opzichte van de andere gemeenschap een *afgeleide* status heeft, is ook binnen federale staten niet vanzelfsprekend. Zowel naar positief recht als in historische zin is het eerder zelfs behoorlijk controversieel om bijvoorbeeld te verklaren dat het volk van Beieren of het volk van Virginia bestaat bij gratie van het Duitse of Amerikaanse volk.⁴⁹ Het is zaak hier behoedzaam op te treden. Voorop zij gesteld dat de kwalificatie ‘afgeleid’ in dit verband een juridische connotatie heeft. Dat er in culturele of sociologische zin mogelijk eerder een Beierse of Virginiaanse identiteit was dan een Duitse of Amerikaanse identiteit, wordt niet in twijfel getrokken. Waar het om gaat, is dat er een spanningsveld zit tussen enerzijds de suggestie dat op een bepaald constitutioneel niveau een *Kompetenz-Kompetenz* geïdentificeerd kan worden – zeker in Duitsland, maar ook in de Verenigde Staten betrekkelijk onomstreden – en anderzijds de suggestie dat een gemeenschap op het constitutionele niveau waar deze *Kompetenz-Kompetenz* niet aanwezig is, een geheel eigen bestaansgrond heeft. Het lijkt niet allebei waar te kunnen zijn. *Kompetenz-Kompetenz* staat, zoals later uitgebreider zal worden besproken, in een nauwe relatie tot soevereiniteit – is daar feitelijk een concretisering van.⁵⁰ Het moment waarop wordt besloten over een rechtsorde, het stichtingsmoment, is een ogenblik van inclusiviteit en exclusiviteit, en als zodanig in beginsel ook bepalend en eigenlijk zelfs ook constitutief voor ‘wij’s’ in de directe omgeving van de stichtende ‘wij’.

Niet iedereen zal het even zinvol of eerlijk vinden om de EU naast federale staten op de meetlat te leggen. De zekerheid omtrent de *Kompetenz-Kompetenz*-kwestie is nu juist net wat ontbreekt in de Unie. Dat argument biedt echter geen uitkomst in het geval van de theorie multilevel constitutionalisme. Zowel federa-

⁴⁸ Vgl. Duchateau, *Het Europees parlement als transnationale vertegenwoordiging*, 273-275.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld de grondwet van de ‘Freistaat’ Beieren, welke in 1946 – dus voordat het *Grundgesetz* van kracht werd – door ‘das Bayerische Volk, eingedenk seiner mehr als tausendjährigen Geschichte’, werd opgesteld. Zie www.bayern.landtag.de/de/196.php

⁵⁰ Zie *infra*, § 9.6.1.

HOOFDSTUK 7

le theorievorming als de theorie multilevel constitutionalisme worstelt met de manier waarop het principe van democratie tegemoet moet worden getreden binnen een constitutionele ruimte, die mede omwille van hetzelfde principe van democratie, tegelijk hoog opgeeft van het principe van spreiding van overheidsmacht. De theorie van multilevel constitutionalisme, en met haar in het kielzog het Tsjechische Constitutionele Hof, probeert zich uit deze spagaat te wurmen door een kardinaal uitgangspunt van democratie los te laten: de behoefte aan – daar is de gevleugelde uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* weer – ‘verfasster politischer Primärraum’. Zoals zojuist ter sprake is gekomen en door de *Ústavní soud* in de praktijk is gebracht, gaat dat niet. De paradox van soevereiniteit is dat met een beroep op de schijnbaar grenzeloze mogelijkheden van het zelfbeschikkingsrecht geen constitutionele ruimte kan worden gebouwd die de *Kompetenz-Kompetenz*-kwestie ondubbelzinnig teniet doet.⁵¹ Voor de EU betekent dit dat een bepaling als artikel 10 lid 2 EU – maar net zo goed zou gewezen kunnen worden op artikel 12 EU, dat nationale parlementen in het integratieproces een stem geeft – ergens een aanknopingspunt in moet hebben. Ofwel deze bepalingen kunnen worden verklaard met een referentie aan Europese soevereiniteit, ofwel zij berusten *in ultimo* op nationale soevereiniteit.

7.3.3 Resterende uitgangspunten

Uit welke opties ter fundering van de EU kan de staatsrechtjurist nog kiezen als concepten als gedeelde soevereiniteit en multilevel constitutionalisme afvallen? Terugkijkend op wat in de voorbije hoofdstukken besproken werd, lijken er *grosso modo* nog twee paradigma’s over te blijven. Ofwel men omarmt het binaire schema staat-internationale organisatie; ofwel men kiest voor een meer radicale versie van constitutioneel pluralisme.

Een van de mogelijkheden die dit nieuwe keuzepalet oplevert, kan vooraf alvast worden weggestreept. Dat is de theoretische optie dat de Unie een feitelijke staat vormt en dat de lidstaten zich achter het gezag van de Unie hebben geschaard.⁵² De gezagsclaim van de Unie wordt fundamenteel betwist. Dat blijkt niet alleen uit de jurisprudentie van verschillende nationale constitutionele hoven, maar volgt, in meer algemene zin, ook uit het Europese recht zelf. Neem alleen al artikel 1 VEU, dat onomwonden stelt dat de Unie een creatie is van de lidstaten en in dienst staat van ‘hun’ gemeenschappelijke doelen. Met betrekking tot de vraag naar de aard van de Unie is dit een belangrijke aanwijzing.⁵³ Zeker

⁵¹ Vgl. Schiemann, ‘Europe and the Loss of Sovereignty’, 475, 478. (‘One must be conscious that the State sovereignty version of popular sovereignty can itself be an enemy of other democratic rights.’)

⁵² Maar zie R. Barents, ‘De constitutionele paradox van het Unierecht’, *SEW* (2013) 300.

⁵³ Merk op dat het GV in artikel 1 nog vermeldde dat het ‘geïnspireerd wordt door de wil van de burgers en de staten van Europa om hun gemeenschappelijke toekomst op te bouwen’.

als je deze bepaling naast Titel II van het Unieverdrag, dat handelt over de democratische beginselen van de Unie, legt. Aan de artikelen die in deze Titel zijn opgenomen, ligt geen heldere conceptie ten grondslag; iets dat onder meer tot uiting komt in het feit dat een rechtstreekse koppeling tussen het thema democratie en het Unieburgerschap ontbreekt.⁵⁴ Op zichzelf genomen hoeft dit geen probleem te zijn. De Nederlandse Grondwet moet het bijvoorbeeld eveneens zonder een democratische plaatsbepaling doen. In de specifieke context van de EU, waarin democratie zo'n gevoelig thema is, wekt deze omissie echter argwaan. Hebben de lidstaten willen voorkomen dat in het verdragsrecht een kiem van volkssoevereiniteit terecht zou komen?

Nationale constitutionele rechtspraak en het Europese recht zelf mogen duidelijk maken dat de EU op dit moment absoluut niet als een staat kan worden gezien, zij sluiten niet op voorhand uit dat de Unie bezig is staat *te worden*. Een kiem is snel gezaaid. Weliswaar legt het Unieverdrag geen direct verband tussen de Europese democratie en het Unieburgerschap, het enkele bestaan van een notie van burgerschap kan, als essentiële voorwaarde voor volkssoevereiniteit, in dit verband al veel betekenen. Dit wordt weerspiegeld in de rechtspraak van het Hof, waarin, zoals eerder al ter sprake kwam, al jaren wordt verkondigd dat het Unieburgerschap voorbestemd is de fundamentele status van onderdanen van de lidstaten te worden.⁵⁵ Ook toen het verdragsrecht het burgerschap van de Unie nog slechts als *aanvullend* ten opzichte van het nationale burgerschap aanmerkte – in artikel 9 VEU wordt inmiddels bepaald dat het *naast* dat laatste komt te staan – viel derhalve al een conceptuele ontwikkeling van de notie waar te nemen. Deze ontwikkeling, die zich de afgelopen jaren onverminderd heeft doorgezet,⁵⁶ zal door het VvL, met zijn verschillende innovaties op het gebied van democratie, alleen nog maar verder worden aangewakkerd.⁵⁷ Veelzeggend in dit verband is dat het *Bundesverfassungsgericht* het in zijn *Lissabon*-uitspraak nodig vond om te verklaren dat artikel 10 lid 1 VEU, dat bepaalt dat de werking

⁵⁴ Artikel 10 lid 2 VEU, de centrale bepaling in dit verband, legt, zoals hiervoor werd besproken, een duaal legitimatiemodel neer. Het stelt dat de burgers op het niveau van de EU rechtstreeks in het EP vertegenwoordigd worden, en de lidstaten in de Europese Raad of Raad door hun staatshoofd/regeringsleider of regering, die zelf ook weer democratische verantwoording verschuldigd zijn aan hun burgers. In artikel 10 lid 1 VEU wordt voorts verklaard dat de werking van de Unie gegrond is op de representatieve democratie. Volgens Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 226-227, moet in het gebruik van het woord 'werking' gelezen worden dat de Unie zelf niet gebaseerd is op het beginsel van representatieve democratie. Het beginsel van representatieve democratie zou in de context van de Unie dus onderscheiden moeten worden van het beginsel van democratie als zodanig, dat in artikel 2 VEU wordt genoemd als een van de waarden waarop de Unie rust.

⁵⁵ Zaak C-184/99, *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193.

⁵⁶ Waarmee zij dus het karakter krijgt van een 'self-fulfilling prophecy'. Zie hierover *infra*, § 7.6.2. Vgl. voorts J. Baquero Cruz, 'What's left of the Charter? Reflections on Law and Political Mythology', 1 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2008) 65.

⁵⁷ Schrauwen, 'Naar een waarlijk 'fundamentele status'?', 288-292; Currie, 'The Transformation of Union Citizenship', 388-390.

HOOFDSTUK 7

van de Unie gegrond is op het beginsel van representatieve democratie, eigenlijk nooit opgenomen had mogen worden in het Hervormingsverdrag. Hiermee zou namelijk worden gesuggereerd dat het Europese Parlement de representant vormt van een soeverein Europees volk; iets dat volgens het Constitutionele Hof in Karlsruhe evident niet het geval is.⁵⁸ Of deze lezing juist is, wordt hier nog even opengelaten.⁵⁹ Zij geeft hoe dan ook wel mooi aan dat de Verdragen niet ondubbelzinnig zijn in hun afwijzing van constitutionele pretenties.

De dynamiek met betrekking tot thema's als democratie en burgerschap vormt een onmisbaar element ten gunste van de claim dat de Unie meer is dan een gewone internationale organisatie. Dat dit ook betekent dat de EU de potentie heeft een staat te worden, zal echter niet door iedereen worden onderschreven. Denk even terug aan wat in hoofdstuk vijf gezegd werd over het 'ethos and telos' dat aan het integratieproces ten grondslag zou liggen. Volgens Maduro bestaat dit eruit dat de Unie als opdracht heeft 'to expand the authority of constitutionalism without assuming constitutional authority.'⁶⁰ Zoals eerder ook al opgemerkt werd, is deze taakstelling moeilijk te verenigen met de gedachte van staatsvorming. In een Europese staat zou het constitutionele gezag immers wel bij de Unie berusten. Maduro opteert dan ook niet voor het model van een Europese *demos*. In plaats daarvan lijkt hij zijn kaarten te zetten op het concept transnationale democratie. In de zaak *Rottmann* legt de voormalige Advocaat-Generaal, aan de hand van een bespreking van de verhouding tussen het nationale burgerschap en het burgerschap van de Unie, uit wat hij hieronder verstaat:

'Het Europees burgerschap is meer dan een complex van rechten die, op zichzelf, ook zouden kunnen worden verleend aan personen die dit burgerschap niet bezitten. Het veronderstelt het bestaan van een band van politieke aard tussen de Europese burgers, al is dit geen band die bestaat uit het behoren tot een volk. Deze politieke band verenigt juist de volken van Europa. Hij berust op hun wederzijdse verbintenis om hun respectieve politieke gemeenschappen open te stellen voor andere Europese burgers en een nieuwe vorm van burgerlijke en politieke solidariteit op Europese schaal in het leven te roepen. Deze band vereist niet het bestaan van een volk, maar berust op het bestaan van een Europese politieke ruimte, waaruit rechten en verplichtingen ontstaan. Doordat het burgerschap niet het bestaan van een volk impliceert, laat het begrip matig de koppeling met de nationaliteit los. Zoals een schrijver opmerkt, is het radicaal vernieuwend karakter van het Europees burgerschap hierin gelegen

⁵⁸ *Lissabon*, r.o. 280. ('Das Europäische Parlament ist auch nach der Neuformulierung in Art. 14 Abs. 2 EUV-Lissabon und entgegen dem Anspruch, den Art. 10 Abs. 1 EUV-Lissabon nach seinem Wortlaut zu erheben scheint, kein Repräsentationsorgan eines souveränen europäischen Volkes. Dies spiegelt sich darin, dass es als Vertretung der Völker in den jeweils zugewiesenen nationalen Kontingenten von Abgeordneten nicht als Vertretung der Unionsbürger als ununterschiedene Einheit nach dem Prinzip der Wahlgleichheit angelegt ist.')

⁵⁹ In hoofdstuk 9 wordt uitgebreid ingegaan op de vraag in hoeverre sprake is van Europese soevereiniteit.

⁶⁰ *Supra*, § 5.8.2.

dat „de Unie behoort aan, bestaat uit, burgers die per definitie niet dezelfde nationaliteit hebben”. Integendeel, door van de nationaliteit van een lidstaat een voorwaarde te maken voor het zijn van Europees burger, hebben de lidstaten willen aangeven dat deze nieuwe vorm van burgerschap de primaire verbondenheid met onze nationale politieke gemeenschappen niet ter discussie stelt. Zodoende vormt deze band met de nationaliteit van de verschillende lidstaten een erkenning van het feit dat er een burgerschap kan bestaan (en werkelijk bestaat) dat niet door nationaliteit wordt bepaald. Dit is het mirakel van het burgerschap van de Unie: het versterkt de banden die ons verbinden met onze staten (daar wij Europese burgers zijn juist doordat wij burgers zijn van onze staten) en tegelijkertijd maakt het ons vrij (daar wij nu burgers zijn buiten onze staten om). Het Europees burgerschap wordt bereikt via de nationaliteit van een lidstaat, die wordt geregeld door het nationale recht, maar, zoals elke vorm van burgerschap, is het de basis van een nieuwe politieke ruimte, waaruit rechten en verplichtingen ontstaan die door het gemeenschapsrecht worden bepaald en niet afhankelijk zijn van de staat. Dit legitimeert op zijn beurt de autonomie en het gezag van de communautaire rechtsorde.⁶¹

Deze passage biedt veel stof tot nadenken.⁶² Is het, zoals Maduro stelt, inderdaad mogelijk om het concept burgerschap los te koppelen van dat van volk? En is het werkelijk voorstelbaar dat wij ‘burgers zijn buiten onze staten om’, als tegelijkertijd de band met deze staten wordt onderstreept? Hier is het vooral van belang om de aandacht te vestigen op de koppeling die Maduro legt tussen de onafhankelijkheid van het burgerschap van de Unie en de autonomie van het Unierecht. Want hierin ligt een cruciaal verschil met de theorie van multilevel constitutionalisme. Waar laatstgenoemde benadrukt dat het verband van Unie en lidstaten als gevolg van de instelling van het Unieburgerschap eendimensionale concepties omtrent autonomie van zich af heeft geschud, is Maduro kennelijk van mening dat dit burgerschap het fenomeen autonomie juist bestaansgrond geeft. Met andere woorden: anders dan aanhangers van de gedachte van een *Verfassungsverbund*, ziet de Portugese jurist in dat ‘het bestaan van een Europese politieke ruimte, waaruit rechten en verplichtingen ontstaan’ hand in hand gaat met een van de lidstaten onafhankelijke gezagsclaim.

In Maduro’s woorden over het burgerschap herkent men de contouren van het narratief van normatief pluralisme. De opzet van dit discours, zo kon eerder al worden gelezen, is in grote lijnen hetzelfde als die van de theorie van multilevel constitutionalisme; bedoeling is om te verbeelden dat de staat in het kader van het Europese integratieproces niet langer het enige referentiepunt vormt. Doordat het concept normatief pluralisme wel blijft geloven in de onontkoombaarheid van zelf-referentialiteit, lijdt het echter niet aan hetzelfde conceptuele euvel als het concept multilevel constitutionalisme. Aan de principiële noodzaak tot eenheid *binnen* een rechtsorde wordt niet wezenlijk gesleuteld door de theorie. Waar mensen zich dus op moeten instellen, is, nogmaals in de woorden van

⁶¹ Rottmann, r.o. 23.

⁶² Zie *infra*, § 8.2.

HOOFDSTUK 7

Maduro, ‘to embrace a notion of competing sovereignties’.⁶³ Anders dan verdedigers van het binaire model staat-internationale organisatie betogen, is het volgens aanhangers van het discours van normatief pluralisme als gezegd namelijk mogelijk – ja, misschien zelfs noodzakelijk – om meerdere ‘eenheden’ binnen een rechtsorde tegelijkertijd te conceptualiseren. Hierin worden zij gevolgd door representanten van de stroming van politiek pluralisme, een nog radicalere versie van constitutioneel pluralisme. Ook die variant bepleit dat het principieel heterarchische karakter van de Europese constitutionele ruimte volgt uit het feit dat er zich hierin twee, in beginsel onverzoenbare uitgangspunten omtrent de geldigheid van het recht van de Unie bevinden.⁶⁴

7.4 Retour à Van Gend & Loos en Costa⁶⁵

7.4.1 *Scepsis over constitutioneel narratief*

Bij de bespreking, eerder in deze studie, van de principes van voorrang en autonomie werd een beeld geschetst dat de lezing van iemand als Maduro min of meer bevestigt; althans, waar het gaat om de interpretatie die hierin doorklinkt van de rechtspraak van het Europese Hof.⁶⁶ Toch bestaat er nog steeds veel scepsis over wat het HvJ, circa vijftig jaar geleden, in de zaken *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* aan het papier toevertrouwde. In de eerste plaats richt deze scepsis zich op de geloofwaardigheid van het oorsprongsverhaal dat het Hof in deze arresten ontvouwde. Dit is dus de bekende school die zich, analoog aan de positie van het Duitse Constitutionele Hof, beijvert om aan te tonen dat het constitutionele narratief van de Luxemburgse rechter niet deugt, omdat de EU de benodigde eigenschappen mist om werkelijk autonoom te zijn.⁶⁷ Daarnaast tref je ook commentaren aan, waarin de uitkomst dat de Unie strikt genomen nog een internationale organisatie vormt weliswaar wordt gedeeld, maar die niettemin kritisch zijn op de wijze waarop de hiervoor genoemde school deze conclusie bereikt. Dit omdat de vooronderstelling dat het Hof in *Van Gend & Loos* en

⁶³ Maduro, ‘Contrapunctual Law’, 505.

⁶⁴ *Supra*, § 5.8.3.

⁶⁵ De titel van deze paragraaf is een toespeling op een veelgeciteerd artikel van Bruno de Witte, een auteur die in deze paragraaf prominent zal figureren. ‘Retour à Costa: La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international’, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* (1984) 425-454.

⁶⁶ *Supra*, § 4.3. en § 4.4.

⁶⁷ Zie e.g. Schilling, ‘The Autonomy of the Community Legal Order’; Hartley, *Constitutional Problems of the European Union*; Rossa Phelan, *Revolt or Revolution*; Grimm, ‘Does Europe Need a Constitution?’; Hillgruber, ‘Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung’, 972-974.

Costa/ENEL aan een principieel constitutioneel narratief bouwt niet zou kloppen. Volgens deze lezing zouden sommige sceptische commentatoren derhalve in dezelfde valkuil stappen als aanhangers van theorieën waarin het constitutionele karakter van het Unierecht benadrukt wordt; zij lezen meer in deze uitspraken dan er daadwerkelijk staat.

Als het allemaal wel meevalt met wat het HvJ in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* beweert, dan verschilt de Unie, wat haar aard betreft, niet wezenlijk van (zo bezien dus) andere internationale organisaties die de internationale rechtsorde bevolken. Wat de EU onderscheidt van bijvoorbeeld de Verenigde Naties of de Wereldhandelsorganisatie – haar staat van ontwikkeling – is dan voornamelijk een kwestie van gradatie. *In ultimo* zou zij, net als elke andere internationale organisatie, onderworpen zijn aan de basale set regels van het internationale publiekrecht. Dit zou onder meer betekenen dat de lidstaten, in het onwaarschijnlijke geval dat het vrij complete aansprakelijkheidsregime van de EU geen uitkomst biedt in een conflict, gewoon kunnen terugvallen op algemene regels met betrekking tot het leerstuk van internationale verantwoordelijkheid.⁶⁸ Verder kan dit uitgangspunt gevolgen hebben voor de manier waarop de Unie zelf zich als internationaalrechtelijk subject heeft te gedragen. Bijvoorbeeld wanneer één van haar normen strijd oplevert met een regel van internationaal recht. Exemplarisch in dit verband is de *Kadi*-zaak. Op basis van een volkenrechtelijke aanpak kwam het Gerecht⁶⁹ hierin aanvankelijk tot het oordeel dat de Unie zich, met voorbijgaan aan haar eigen standaarden op het gebied van grondrechten, diende neer te leggen bij een Resolutie van de VN-Veiligheidsraad die maatregelen bevatte in het kader van de strijd tegen terrorisme en vervolgens was omgezet in een communautaire verordening.⁷⁰ Met een expliciet beroep op de autonomie van de Unierechtsorde werd deze beslissing in hoger beroep echter terzijde geschoven door het HvJ. Volgens het Hof zat het Gerecht er in *Kadi* met zijn benadering van de problematiek volledig naast. In ieder geval kon het niet zo zijn dat ‘bij een internationale overeenkomst opgelegde verplichtingen (...) afbreuk kunnen doen aan de constitutionele beginselen van het EG-Verdrag, waaronder het beginsel dat alle communautaire maatregelen de grondrechten moeten eerbiedigen...’⁷¹

Of de afwijzing door het Hof in *Kadi* van het narratief van het Gerecht ook betekent dat het van mening is dat de Unie zich heeft losgemaakt van ‘het be-

⁶⁸ Zie e.g. Simma en Pulkowski, ‘Of Planets and the Universe’, 516-519, die twee scenario’s schetsen waarin dit zou kunnen gebeuren. Vgl. ook Gerard Conway, ‘Breaches of EC Law and the International Responsibility of Member States’, 13 *European Journal of International Law* (2002) 679; I.F. Dekker, ‘Het EU-burgerschap en de Europese Unie als Internationale Organisatie’, in: A. van den Brink e.a. (red.), *Beginnelsen bouwen burgerschap* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011) 80.

⁶⁹ Toen nog Gerecht van Eerste Aanleg geheten.

⁷⁰ Zaak T-306/01, *Al Barakaat* [2005] ECR II- 03533; T-315/01, *Kadi* [2005] ECR II-03649.

⁷¹ Gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, *Kadi en Al Barakaat* [2008] ECR I-06351, r.o. 285.

HOOFDSTUK 7

staande internationaal publiekrecht', zoals Advocaat-Generaal Maduro in zijn Conclusie bij het arrest schreef, is omstreden.⁷² Weliswaar zette het zwaar in op het leerstuk van autonomie, er zijn nog steeds genoeg commentatoren te vinden die menen dat de specifieke redenering die de hoogste Europese rechter in deze zaak hanteerde, kan worden verklaard vanuit een volkenrechtelijk perspectief.⁷³ Het is lastig om hierin positie te kiezen. Cruciaal in dit verband is welke voorstelling iemand heeft van de internationale rechtsorde. En daar kan heel verschillend over gedacht worden. In deze studie zal niet uitdrukkelijk stelling worden genomen in dit debat, dat zich, kortgezegd, centreert rond de vraag of de internationale rechtsorde beschouwd kan worden als een normatief coherent constitutioneel systeem of dat eenheid hierin vooral een aangelegenheid is van individuele rechtsordes, die verder weinig mogelijkheden hebben om op basis van gedeelde normen met elkaar te communiceren.⁷⁴ Bij nader inzien is dat ook niet noodzakelijk. Het mag zo zijn dat het optreden van het Hof in *Kadi* volkenrechtelijk goed verdedigbaar was, hiermee is nog niet gezegd dat de Luxemburgse rechter ook vanuit die optiek handelde in de betreffende zaak. Of het klopt dat het HvJ in deze casus, zoals een commentator het verwoordde, 'dealt the final blow to the idea of an only quasi-separate, limited, unoriginal „new legal order“',⁷⁵ kan, paradoxaal genoeg, uiteindelijk dan ook alleen maar worden beoordeeld aan de hand van de uitspraken die de bron van deze controverse vormen.

7.4.2 *Pacta sunt servanda*

Waarop baseren commentatoren zich precies wanneer zij de claim op tafel leggen dat het Hof de (toen nog) Gemeenschap, wat haar aard betreft, in de arresten *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* losmaakte van het internationale publiekrecht en daarmee, *eo ipso*, ook van het nationale recht? Zoals in hoofdstuk vier uitgebreid aan de orde is gekomen, moet het antwoord op deze vraag niet gezocht worden in het enkele feit dat in deze twee uitspraken de beginselen van directe werking en voorrang werden ontwikkeld. Hoewel deze beginselen sterk op de voorgrond treden als het Europese recht wordt afgezet tegen het internationale recht,⁷⁶ geven zij als zodanig niet de doorslag in discussies over het vermeende revolutionaire karakter van *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*. Leerstukken

⁷² *Kadi*, r.o. 21 van Conclusie van A-G Maduro.

⁷³ De Witte, 'European Union Law', 154-155. Vgl. ook Piet Eeckhout, 'Kadi and Al Barakaat: Luxembourg is not Texas – or Washington DC', 25 februari 2009; www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaat-luxembourg-is-not-texas-or-washington-dc/

⁷⁴ Vgl. het hierboven, in vn. 68, aangehaalde artikel van Simma en Pulkowski.

⁷⁵ De Waele, 'The Role of the European Court of Justice in the Integration Process', 8.

⁷⁶ Tekenend in dit verband is bijvoorbeeld dat tegenwoordig vaak gezegd wordt dat EU-normen hun 'bijzondere karakter' danken aan de principes directe werking en voorrang, terwijl dit karakter in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* juist als grondslag diende hiervoor.

omtrent directe werking en voorrang zijn op zichzelf genomen namelijk niet vreemd aan het internationale recht.⁷⁷ Nee, de bijzonderheid van *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* zit hem in het feit dat hierin afgeweken werd van de klassieke idee dat er twee verschillende dimensies zijn waarin internationaal en nationaal recht zich tot elkaar kunnen verhouden. Wat het Hof, door handig gebruik te maken van de prejudiciële procedure en zijn eigen rol als hoeder van de Verdragen, bewerkstelligde met beide beslissingen, was dat het Europese recht in de lidstaten de ‘law of the land’ werd – of, zoals het HvJ het in *Costa/ENEL* zelf omschreef, ‘in de rechtsorde der Lid-Staten (werd) opgenomen’.⁷⁸

Volgens de Maastrichtse hoogleraar Bruno de Witte, die uitvoerig over bovenstaande problematiek heeft geschreven, maakt dit de uitspraken echter nog niet transformatief in de sterke constitutionele zin van het woord. Dat het tot op de dag van vandaag ongebruikelijk is dat het internationale publiekrecht eisen stelt omtrent de toepassing en plaats van zijn normen in nationale rechtsordes, betekent in zijn ogen niet dat dit paradigma hiermee volledig terzijde wordt geschoven.⁷⁹ Het volkenrecht, zo kan met de Witte worden meegedacht, heeft als wezenskenmerk dat het in dienst staat van staten, de primaire subjecten van de internationale rechtsorde. En als een groep staten een vorm van internationale samenwerking bedenkt die veel verder gaat dan wat tot dan toe gangbaar is, zouden bestaande doctrines daar niet in de weg aan moeten staan. In aanvulling hierop kan voorts nog worden opgemerkt, dat wat de oorspronkelijke zes lidstaten halverwege de jaren vijftig op poten zetten, in meerdere opzichten ook zonder precedent was. Dat klassieke denkbeelden over doorwerking hierop afketsen, had dan ook niet als een verrassing hoeven komen. De prejudiciële procedure, een essentieel instrument om een bres te kunnen slaan in het pantser van de nationale rechtsordes, was zelf door de lidstaten in het verdragsrecht opgenomen. Kon de ‘revolutionaire’ visie die het Hof in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* op de relatie tussen Europees en nationaal recht ontvouwde daarom

⁷⁷ Dat bepalingen in internationale overeenkomsten ‘self-executing’ konden zijn, en bedoeld waren om rechten aan burgers te verlenen, dook al op in de rechtspraak van het Permanente Hof van Internationale Justitie, de voorloper van het huidige Internationale Gerechtshof. Zie *Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion*, 1928 PCIJ, (ser. B) No. 15 (Mar. 3). Met betrekking tot het beginsel van voorrang kan gewezen worden op art. 27 WVV, dat codificeert dat staten hun nationale normen niet mogen invoeren om onder hun internationale verplichtingen uit te komen. Vgl. verder Thomas Cottier, ‘A Theory of Direct Effect in Global Law’, in: Armin von Bogdandy, Petros C. Mavroidis en Yves Mény (red.), *European Integration and International Co-ordination* (Den Haag: Kluwer International Law 2002) 104.

⁷⁸ Rossa Phelan, *Revolt or Revolution*, 99. Vgl. ook Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, 49-50 (vn. 141).

⁷⁹ Zie recentelijk: Bruno de Witte, ‘European Union Law’, 141. Vgl. van dezelfde auteur verder ook: ‘Retour à Costa’, 425; ‘Internationale verdragen tussen de lidstaten van de Europese Unie’, in: Ramses A. Wessel en Bruno de Witte (red.), *De plaats van de Europese Unie in het veranderde bestel van de volkenrechtelijke organisatie* (Den Haag: T.M.C. Asser Press 2001) 83; ‘International Law as a Tool for the European Union’, 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 265; ‘Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order’. 361-362.

HOOFDSTUK 7

uiteindelijk niet gewoon worden teruggevoerd tot het eeuwenoude principe van *pacta sunt servanda*?

De Europeesrechtelijke versie van het beginsel van *pacta sunt servanda* is de loyaliteitsverplichting, die in het huidige verdragsregime is neergelegd in artikel 4 lid 3 VEU. In *Costa/ENEL* vormde deze verplichting inderdaad ook een centrale overweging in de beslissing van het Hof om voorrang aan communautaire normen toe te kennen. ‘(I)ndien de werking van het gemeenschapsrecht van staat tot staat zou verschillen op grond van latere nationale wetten’, zou dit volgens de Luxemburgse rechter ‘de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag, bedoeld in artikel 5, lid 2, in gevaar (...) brengen.’⁸⁰ Specifiek met betrekking tot de voorrangsregel vond het Hof het dus nodig om de lidstaten eraan te herinneren dat zij in feite zelf de weg voor de vestiging hiervan hadden geplaveid.⁸¹ Zonder voorrang, zo luidde de boodschap, kon er helemaal geen werk worden gemaakt van wat de Zes met elkaar hadden afgesproken. Het is niet moeilijk om deze lijn terug te trekken naar *Van Gend & Loos*. Hoewel dat voor de rechters die begin jaren zestig in Luxemburg zetelden misschien anders aanvoelde,⁸² vloaide *Costa/ENEL* logisch voort uit *Van Gend & Loos*. De echte spiegel die het Hof de lidstaten voorhield, was zodoende dat zij zich door het sluiten van het EEG-Verdrag hadden gecommitteerd om hun rechtsordes zodanig open te stellen dat het Europese recht direct en effectief onderdeel kon worden van het nationale rechtsproces.⁸³

Zoals eerder al naar voren werd gebracht, is het loyaliteitsbeginsel ter verklaring van de bijzondere natuur van het Unierecht in de loop der jaren steeds meer op de voorgrond getreden.⁸⁴ En er zijn dan ook verschillende commentatoren die artikel 4 lid 3 VEU aanwijzen als grondslag voor het voorrangsbegin-sel.⁸⁵ Hiermee gaan zulke commentatoren echter wel erg gemakkelijk voorbij aan dat andere fundament dat in dat verband vaak genoemd wordt, het leerstuk van autonomie, dat, nadat de kiem hiervan wederom al was geplant in *Van Gend*

⁸⁰ *Costa/ENEL*, p. 1219.

⁸¹ Vgl. Pernice, ‘*Costa v ENEL and Simmenthal*’, 50-51; Jan Wouters, ‘De betekenis van de grondwet voor de Europese rechtsorde vanuit het oogpunt van het Europese recht’, in: *De betekenis van de grondwet voor de Europese rechtsorde*, Preadviezen 1999, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (Deventer: Kluwer 1999) 92.

⁸² Vgl. Vauchez, ‘The transnational politics of judicialization’, 17-22.

⁸³ Vgl. Daniel Halberstam, ‘Pluralism in *Marbury* and *Van Gend*’, in: Maduro en Azoulai, *The Past and Future of EU Law*, 29 (‘The drama of supremacy (...) was not the assertion that national law must yield to Community law. This would have been true with regard to international law as well. The drama lies in the fact that, as an institutional matter, ‘superior’ Community law is directly infused into the national process of adjudication. All this flows naturally from *Van Gend*.’)

⁸⁴ *Supra*, § 4.5.

⁸⁵ Zie e.g. Marise Cremona, ‘Defending the Community Interest: the Duties of Cooperation and Compliance’, in: Marise Cremona en Bruno de Witte (red.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2008) 125-169.

& *Loos*,⁸⁶ in een terloopse bijzin door het Hof werd gelanceerd in *Costa/ENEL*.⁸⁷ Doel van deze lancering: duidelijk maken dat zonder de omarming van het voorrangsbeginsel ‘de rechtsgrond van de Gemeenschap zelf’ zou worden aangetast.⁸⁸ Met deze overweging wekt het Hof de indruk een pad in te slaan dat niet langer gedekt kan worden door het principe van *pacta sunt servanda*. Kern van dit principe is dat een daad van zelfbinding door een staat op het niveau van de internationale rechtsorde, als product van een statelijke wil, uiteindelijk ook weer op deze wil moet kunnen worden teruggevoerd. Door ‘de rechtsgrond van de Gemeenschap zelf’, dat wil zeggen de Verdragen zelf, als grondslag voor het bijzondere karakter van het communautaire recht aan te wijzen, lijkt het Hof dit evenwel onmogelijk te maken.⁸⁹ Dit is ook de context waarin de veelgeciteerde omschrijving door het HvJ van het Verdrag van Rome als ‘eigen rechtsorde’ vaak wordt geplaatst. Afgezet tegen een wat weifelend begin in *Van Gend & Loos*, waarin werd gesteld dat ‘de Gemeenschap in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde vormt’, zouden de rechters uit Luxemburg met deze typering in *Costa/ENEL* zo bezien hebben willen uitdrukken, dat het Europese project alleen maar kans van slagen heeft als het communautaire recht daadwerkelijk op eigen benen staat.

De Witte is hierdoor nog steeds niet overtuigd. ‘(A)s we know’, schrijft hij, ‘the way in which the Court described the peculiar nature of the EEC Treaty was very similar in both these early judgments (*Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*, JWvR), so it would be very odd if that description had led, in 1963, to the conclusion that this was a special legal order still of international law, and only one year later to the opposite conclusion that it was a special legal order that was no longer part of international law.’⁹⁰ Dus, als men de Witte mag geloven, valt ook de autonomieclaim uiteindelijk nog gewoon in te passen in het meer algemene plaatje van *pacta sunt servanda*. Ware dit anders, zo meent hij, dan had het Hof dit wel in explicietere bewoordingen laten weten. Dit had echter volstrekt niet op het pad van een rechter gelegen. Hoe verstrekkend de betreffende claim in de praktijk ook is, de autonomie waar het Hof over spreekt is daarom een *relatieve* vorm van autonomie. Voor haar geldigheid blijft het Unierecht, met andere woorden, volgens de Witte afhankelijk van het recht van de lidstaten; iets dat

⁸⁶ In *Van Gend & Loos* overwoog het HvJ dat het communautaire recht ‘onafhankelijk van de wetgeving der Lid-Staten (...) geëigend is rechten te scheppen welke (particulieren) uit eigen hoofde kunnen geldig maken’. Zie *Van Gend & Loos*, p. 23.

⁸⁷ *Costa/ENEL*, p. 1219.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Bernard Rudden merkte in dit verband ooit op dat het Hof in *Costa* bevestigt ‘that Community law is like Frankenstein’s monster: independent from its creator, imbued with a life of its own, supreme throughout the States’ territories, and immune from attack by their laws and Constitutions’. Bernard Rudden, *Basic Community Cases* (Oxford: Clarendon Press 1987).

⁹⁰ De Witte, ‘European Union Law’, 147.

HOOFDSTUK 7

met name tot uiting zou komen in het feit dat het de lidstaten zijn die met artikel 48 VEU de sleutel in handen hebben voor de wijziging van de Verdragen.⁹¹

7.4.3 *Zelfbinding of zelfbeschikking?*

De Witte heeft zeker een punt wanneer hij stelt dat het Hof nooit met zoveel woorden heeft gezegd dat de Unie constitutioneel geheel onafhankelijk is geworden van de lidstaten. Het daartoe geëigende begrip, soevereiniteit, wordt wel door de Luxemburgse rechter in de mond genomen, maar niet om aan te geven dat zich een transformatie in de relatie tussen het Europese recht en het nationale recht heeft voorgedaan. Eerder is het tegendeel het geval. Wat het Hof, waar het in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* de term soevereiniteit gebruikt, ogenschijnlijk tot uitdrukking brengt, is dat de lidstaten, door het sluiten van het Verdrag van Rome, bepaalde bevoegdheden hebben beperkt die normaliter met dit fenomeen geassocieerd worden. Van deze boodschap kunnen de zes landen onmogelijk echt geschrokken zijn. De schaal waarop zij bevoegdheden naar de Gemeenschap hadden overgeheveld en, meer in het bijzonder, de instituties die zij leven hadden ingeblazen om deze bevoegdheden uit te oefenen, waren, kort na de Tweede Wereldoorlog, zeker spectaculair. Op zich zelf genomen, zo was indertijd de *communis opinio*, werd hiermee echter geen afstand gedaan van soevereiniteit *als zodanig*.⁹²

Is de kous hiermee af? Niet meteen. Trekt het Hof, al dan niet bewust, namelijk niet een rookgordijn op wanneer het constateert dat de lidstaten slechts hun soevereine rechten hebben beperkt? Wat in puur conceptuele zin overblijft als het concept soevereiniteit, in alle academische stilte, van zijn historische en politieke lading wordt ontdaan, vertoont verdacht veel overeenkomsten met wat het Hof in *Costa/ENEL* over de autonome aard van het Europese recht zegt. In een puur conceptuele zin is soevereiniteit niets anders dan een op het snijvlak van politiek en recht gesitueerde *claim* op het laatste woord met betrekking tot een rechtsorde. En is dit niet precies wat het HvJ namens de Unie op tafel legt wanneer het stelt dat nationale regels, die ‘tegen het stelsel van de Gemeenschap ingaan’, in het kader van een nationaal rechtsgeding ‘iedere werking ontberen’, *omdat* dit stelsel uit een autonome bron voortvloeit?⁹³ Waaruit blijkt namelijk

⁹¹ Ibid., 142; 144-145. Zie over artikel 48 VEU *infra*, § 9.6.1.

⁹² De Witte, ‘Sovereignty and European Integration’, 281-287. Wie enkel de Nederlandse versie van de twee arresten bestudeert, zou overigens tot de conclusie kunnen komen dat de zaken anders liggen. Daarin valt namelijk wel te lezen dat de lidstaten ten bate van de Gemeenschap hun soevereiniteit als zodanig hebben begrensd. Deze vertaling, die ongetwijfeld verband houdt met de wat simplistische opvattingen over soevereiniteit in Nederland, strookt echter niet met de meeste andere taalversies, waarin gerept wordt van *Hoheitsrechten* of *droits souverains* die worden beperkt.

⁹³ *Costa/ENEL*, p. 1219.

nog dat deze hun soevereiniteit als zodanig hebben behouden indien zij, zelfs in constitutioneel opzicht, geen invloed meer kunnen uitoefenen op de aanwending van normen die, formeel althans, hun grondslag vinden in het nationale recht?

Wie de stelregel van *pacta sunt servanda* als vertrekpunt neemt, zal zeggen dat een dergelijke grondslag nog wel degelijk aanwezig is, maar dat de mate van zelfbinding waaraan de lidstaten zich, met het oog op de doelstellingen van de Verdragen, hebben onderworpen zo vergaand is, dat zij feitelijk geen ruimte meer hebben om naar nationaal recht nog hun stempel op het Unierecht te zetten. De verklaring voor principes als directe werking, voorrang en uiteindelijk ook voor dat van autonomie zou, kortom, liggen besloten in het concept van *effet utile*. Zoals eerder, bij de bespreking van deze principes in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, doet zich hier echter een theoretisch probleem voor. Het uitgangspunt van *effet utile* is in de rechtspraak van het Hof intrinsiek verbonden met dat van uniformiteit. Voorop voor het Hof staat dat Europees recht ‘gemeenschapsrechtelijk’ van aard is;⁹⁴ een kwalificatie die de Luxemburgse rechter zo uitlegt dat Unierecht in alle lidstaten in fundamentele zin dezelfde status moet hebben.⁹⁵ Dit omdat anders concurrentievervalsingen ontstaan waardoor het project van de interne markt schade zou oplopen, ja zelfs onuitvoerbaar zou zijn. Nu zijn effectiviteit en uniformiteit uiteraard voor elk rechtssysteem, hoe primitief ook, belangrijk.⁹⁶ Bij een totaal gebrek hieraan verliezen normatieve stelsels feitelijk hun bestaansrecht. In het geval van de EU lijkt er echter meer aan de hand. Eigen aan de figuur van zelfbinding is, zoals de *Slowaakse pensioenen*-zaak fraai illustreert, dat niet gegarandeerd kan worden dat een lidstaat de eenheid van een mede door hem opgericht rechtssysteem intact laat. De implicatie van *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* is evenwel dat de lidstaten niet meer over zulke keuzevrijheid beschikken.⁹⁷

En er is nog iets. De noviteit van *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* ligt niet alleen in het feit dat het Hof hierin betoogt dat het, ter bewerkstelling van effectiviteit en uniformiteit, noodzakelijk is dat het Europese recht zich uit eigen hoofde in de rechtsordes van de lidstaten nestelt. Zij ligt ook in het feit dat het instrument dat deze vereisten zo radicaliseert, de instelling van een interne markt, ‘meebrengt dat dit verdrag meer is dan een overeenkomst welke slechts wederzijdse verplichtingen tussen de verdragsluitende mogendheden schept’ en ‘een rechtstelsel in het leven roept dat bindend is zowel voor hun onderdanen

⁹⁴ *Ibid.* (cursivering van mij, JWvR).

⁹⁵ Zie kritisch: Emiliós Christodoulidis en Ruth Dukes, ‘On the Unity of European Labour Law’, in: Sascha Prechal en Bert van Roermund, *The Coherence of EU Law* (Oxford: Oxford University Press 2008) 397 e.v.

⁹⁶ Vgl. Deirdre M. Curtin en Ige F. Dekker, ‘The European Union from Maastricht to Lisbon: Institutional and Legal Unity out of the Shadows’, in: Craig en De Búrca, *The Evolution of EU Law*, 155 e.v.

⁹⁷ Of deze leer nog helemaal overleefd staat, wordt, zoals in § 6.4 naar voren kwam, door sommige commentatoren betwijfeld. Deze twijfel lijkt echter niet op zijn plaats. Zie *infra*, § 9.5.2.

HOOFDSTUK 7

als voor henzelf'.⁹⁸ In hoofdstuk vier werd deze overweging nog gebruikt ter relativering van de democratische ondertoon van de uitspraken. Na dit hoofdstuk is echter begonnen met *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* in het theoretische perspectief te plaatsen van de bevindingen in het eerste deel van dit boek, in het bijzonder hoofdstuk twee. Zoals hierboven in verband met de hypothese van multilevel constitutionalisme ook al werd gememoreerd, was een van de belangrijkste conclusies die daar ten aanzien van het principe van volkssoevereiniteit werd getrokken, dat het, gezien vanuit het recht, conceptueel onmogelijk is dat een politieke gemeenschap ooit zelf constituerend optreedt. Om aan de basis van een constitutionele ordening te kunnen staan, moet een politieke gemeenschap eerst zelf worden opgericht. En de beslissing daartoe kan, paradoxaal genoeg, alleen maar vallen binnen de ordening waarvan de betreffende gemeenschap nu juist auteur beoogt te zijn. '(T)he people', zo stelt iemand als Lindahl daarom, 'is always, to a greater or lesser extent, a *pouvoir constitué*, and a legal power a *pouvoir constituant*.'⁹⁹

Deze constatering stelt, indien zij wordt onderschreven, de retoriek die het Hof in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* bezigde in een ander daglicht. Door de instelling van een interne markt – en daarmee ook het vereiste van uniformiteit – deels ook te herleiden tot de burgers van de lidstaten, is uiteindelijk misschien wel de echte kloof die door de uitspraken geslagen wordt, dat de suggestie op tafel wordt gelegd dat de Unie het onderkomen is van een *politieke* gemeenschap – dat het Verdrag van Rome, ook al was deze overeenkomst wat betreft zijn totstandkoming een gewoon volkenrechtelijk construct, dus feitelijk een daad van zelfbeschikking vormde. Minimaal leert het dat scepsis hierover niet simpelweg kan worden gerechtvaardigd door te wijzen op de afwezigheid van een Europese *demos* aan de vooravond van de ondertekening van het Verdrag van Rome. Zo'n *demos* kon zich op dat moment logischerwijze ook helemaal niet manifesteren – zou sowieso pas achteraf, of meer precies op het moment van stichting, kunnen worden aangewezen.

In bredere zin leert het echter ook dat de in deze paragraaf onderzochte bewering dat het Hof in beide arresten überhaupt niet de intentie heeft gehad om de Gemeenschap los te maken van het volkenrecht, in aanleg minstens zo speculatief is als de tegenovergestelde constitutionele lezing dat dit wel het geval is. Wat uiteindelijk ter discussie staat in dit verband, is of de interpretatie die de Luxemburgse rechter in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* aan het Verdrag van Rome gaf, op haar beurt zo geïnterpreteerd mag worden dat hierin een fundamentele breuk met conventionele theorieën over internationale verdragen wordt gelezen. Een ondubbelzinnig ontkennend antwoord op deze vraag kan echter alleen maar worden gegeven als reeds van de vooronderstelling wordt uitgegaan

⁹⁸ Resp. *Van Gend & Loos*, p. 23; *Costa/ENEL*, p. 1218.

⁹⁹ Hans Lindahl, 'European Integration: Popular Sovereignty and a Politics of Boundaries', 6 *European Law Journal* (2000) 239, 248. Vgl. van dezelfde auteur wat betreft dit punt ook 'Acquiring a Community', 444; 'Constituent Power and Reflexive Identity', 11.

dat een rechter niet bij machte is om een verdrag op een Baron von Münchhausen-achtige manier aan zijn eigen haren omhoog te trekken en tot constitutie te verheffen; een uitgangspunt dat door bovenstaand inzicht met betrekking tot soevereiniteit aan het wankelen wordt gebracht. Zeker omdat het Hof in een bepaalde zin het Verdrag van Rome ook helemaal niet aan zijn eigen veters omhoog trok. Als geconstitueerde macht gaf het formeel gezien slechts uitleg aan een gebeurtenis die enkele jaren daarvoor, buiten zijn toedoen, al had plaatsgevonden.¹⁰⁰

7.5 Profielschets van een Europese demos

7.5.1 *Blik op de toekomst*

Wat levert een retourtje naar *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* nu concreet op? Geeft dit inderdaad uitsluitsel omtrent de vraag of de Europese rechtsorde werkelijk autonoom, dat wil zeggen originair van aard is? Wel in zoverre dat de visie die het Hof in beide uitspraken met betrekking tot deze rechtsorde ontvouwd, enkel met zeer grote moeite teruggevoerd kan worden op de stelregel *pacta sunt servanda*. *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*, zo is daarom een overtuigender lezing, vormden meer dan alleen een blootlegging van de 'ignorance' van de lidstaten 'of the judicial revolution brought about by the Community treaties in the banality of international law'.¹⁰¹ Doordat, materieel gezien, in een existentiële zin een verbinding wordt gelegd tussen de uitgangspunten van uniformiteit en effectiviteit en de onderdanen van de lidstaten, heeft het er alle schijn van dat daar ook echt afstand van wordt genomen.¹⁰²

¹⁰⁰ Lindahl, 'Acquiring a Community', 435 ('A threefold paradox lies at the heart of the European Court of Justice's reasoning: it claims to comply with the Treaty by destroying its acquired meaning; it claims to remain within the Treaty by going beyond it; it claims to remain faithful to the Treaty's authentic meaning by betraying its conventional interpretation.') Vgl. daarnaast Pernice, '*Costa v ENEL* and *Simmenthal*', 52-53 ('From the beginning, European integration was meant to constitute a new kind of political organisation, leaving behind nationalism and the structures of the Westphalian system which has failed to preserve peace in Europe. Thus, the peoples of the Member States, represented by their governments (...) can be regarded as having conferred limited legislative and other powers upon the European institutions established by the EEC Treaty within a 'Community based on the rule of law', (...) as Walter Hallstein put it, which has little in common with traditional international organisations. In *Van Gend & Loos* and *Costa v ENEL*, consequently, the Court just gave effect to what was the new and specific nature of the European Community, and exposed what this means in practice.')

¹⁰¹ Pescatore, '*Van Gend en Loos*', 5. Deze citaat werd reeds weergegeven in de inleiding.

¹⁰² Zie Maduro, 'Contrapunctual Law', 504.

HOOFDSTUK 7

Hiermee ben je er echter nog niet. Soevereiniteit, zo is nogmaals van belang om te benadrukken, heeft een paradoxaal karakter. Als gevolg van dit karakter gaat het bij dit fenomeen altijd om een *claim* op gezag. En alleen claimen dat een rechtsorde voortvloeit uit een autonome bron is niet voldoende. Een claim op gezag moet ook succesvol zijn. Of dit het geval is, hangt af van de vraag in hoeverre zij correspondeert met een onderliggende wil. Een rechtsorde mag, zoals het zojuist aangehaalde citaat van Lindahl illustreert, dan constitutief zijn wat betreft een politieke gemeenschap, zij blijft tegelijkertijd wel degelijk ook een *pouvoir constitué*. Een stichtingshandeling is noodzakelijkerwijze altijd een daad van representatie; zij heeft als doel een gemeenschap tot aanwezigheid – ‘presence’ – te brengen. Concreet betekent dit dat de norm die een ‘wij’ tot leven wekt, achteraf op de een of andere manier door deze ‘wij’ ‘geacclameerd’ zal moeten worden, zodat de betreffende ‘wij’ met terugwerkende kracht de plaats van *pouvoir constituant* kan innemen en de geldigheid van de ‘constituerende’ norm kan verklaren.¹⁰³ Anders gezegd: in de toekomst zal moeten blijken dat wat in het verleden reeds aanwezig wordt geacht, ook daadwerkelijk bestaat.

Een blik op deze ‘toekomst’ stemt niet direct hoopvol. Wat het Europese recht tot stand heeft gebracht, is hoofdzakelijk een gemeenschap van *marktburgers*. Weliswaar stelt het verdragsrecht nu veel breedspakiger dan in het verleden het geval was dat de Unie als doel heeft ‘de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen’,¹⁰⁴ de bevoegdheden die instellingen van de EU hebben om dit doel te bereiken, zijn overwegend marktgeoriënteerd.¹⁰⁵ Als door hen het algemene ‘Europese’ belang wordt vastgesteld – het moment dat gerefereerd wordt aan de soeverein – speelt deze fixatie dus nog altijd een grote rol. Enerzijds schept dit kansen. Een wezenskenmerk van de markt is dat zij de neiging heeft om uit te dijen. Mede om die reden omvat het fenomeen markt, anders dan een halve eeuw geleden, vandaag feitelijk veel meer dan alleen de interne markt; ook onderwerpen die niet direct een economisch karakter hebben, worden in de dynamiek van marktintegratie meegezogen. Anderzijds zit er, wat betreft de reikwijdte van het ‘Europese’ belang, ook een duidelijke keerzijde aan het functionalisme van de markt. Wat ‘meebrengt dat dit verdrag meer is dan een overeenkomst’ tussen staten, is ‘de instelling van een gemeenschappelijke markt *wier werkzaamheid de ingezetenen der Gemeenschap rechtstreeks betreft*’.¹⁰⁶ Niet elke ingezetene van de Unie zal echter evenveel aan de markt hebben. Fundamentele Unierechten – de vier vrijheden, grondrechten, burger-

¹⁰³ Lindahl, ‘The Paradox of Constituent Power’, 492.

¹⁰⁴ Artikel 3 lid 1 VEU. Vgl. artikel 2 EEG, dat stelde: ‘De Gemeenschap heeft, door het instellen van een gemeenschappelijke markt en door het geleidelijk nader tot elkaar brengen van het economische beleid van de lidstaten, tot taak de bevordering van de harmonische ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap, een gestadige en evenwichtige expansie, een grotere stabiliteit, een toenemende verbetering van de levensstandaard en nauwere betrekkingen tussen de in de Gemeenschap verenigde staten.’

¹⁰⁵ Vgl. Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 557-560.

¹⁰⁶ *Van Gend & Loos*, p. 23 (cursivering van mij, JWvR).

schapsrechten – kunnen in de regel bijvoorbeeld pas geactiveerd worden als een casus een grensoverschrijdend element bevat, en bevoordelen daarom personen – in de praktijk niet zelden *rechtspersonen* – die zich verplaatsen. In het Unierecht zit, met andere woorden, een fundamentele ongelijkheid ingebakken;¹⁰⁷ iets dat vanuit het perspectief van volkssoevereiniteit behoorlijk problematisch is.

Verschillen tussen burgers zijn er ook in institutioneel opzicht. Een Unieburger uit Malta heeft getalsmatig veel meer te vertellen in het Europese Parlement dan een Unieburger uit Duitsland. Dit gegeven vormde voor het Duitse *Bundesverfassungsgericht* aanleiding om in zijn *Lissabon*-uitspraak het democratische gehalte van de EU flink te relativeren.¹⁰⁸ Dit is het Hof uit Karlsruhe op veel kritiek komen te staan.¹⁰⁹ Tot op zekere hoogte is deze kritiek terecht. Het Europese integratieproces heeft een eigen dynamiek. Incongruenties met betrekking tot stemgewicht maken deze dynamiek niet op voorhand ongeloofwaardig.¹¹⁰ Dit neemt niet weg dat de Duitse rechter met zijn analyse de vinger wel op een zere plek legt. Als de autonomieclaim van het Hof inderdaad een verholde aanspraak op soevereiniteit is – en bij afwijzing van een volkenrechtelijke benadering van de Unie is dat conceptueel gezien de enige optie – komt het die claim niet ten goede wanneer sommige burgers meer inspraak hebben dan andere leden.¹¹¹ Zeker als deze inspraakverschillen zich manifesteren in het orgaan dat expliciet de opdracht heeft de directe band tussen de Unie en haar burgers te verbeelden.¹¹²

¹⁰⁷ Vgl. 'Editorial: Two-speed citizenship: Can the Lisbon Treaty help close the gap?', 45 *Common Market Law Review* (2008) 1.

¹⁰⁸ *Lissabon*, r.o. 279-288.

¹⁰⁹ Zie o.a. De Waele, 'Karlsruhe über Alles', die, op p. 6 een kritische kanttekening plaatst bij de stellingname van het *Bundesverfassungsgericht* ten aanzien van dit specifieke punt. De Waele stelt, onder verwijzing naar de VS, dat ook in veel federale staten van een volstrekt evenredige vertegenwoordiging geen sprake is. Aldus stelt De Waele dat 'het idee van 'one man, one vote' en het beginsel van kiezersgelijkheid (...) dus feitelijk lang niet zo universeel (zijn) als het BVerfG doet voorkomen.'

¹¹⁰ Zie *infra*, § 8.5.4.

¹¹¹ Vgl. Duchateau, *Het Europees parlement als transnationale volksvertegenwoordiging*, die onder meer op basis van deze incongruentie concludeert dat volkssoevereiniteit geen verklarend principe is wat betreft de aard van het integratieproces; althans, in de zin van *Europese* soevereiniteit. Deze conclusie wordt hier niet gedeeld. Zij miskent beweerdelijk het dialectische en diachronische karakter van het fenomeen. Soevereiniteit kan zich op een gegeven moment als 'speech act' manifesteren, zonder dat een voorwaarde als gelijkheid vervuld is, maar toch geloofwaardig zijn, omdat de bewuste claim wordt 'geacclameerd'. Zie uitgebreid *infra*, § 7.5.3-7.5.4.

¹¹² Ook in federale staten is het normaliter zo dat de ene burger formeel meer invloed heeft op de politieke besluitvorming. Dit kwam reeds in de inleiding naar voren in het daar geciteerde artikel uit de New York Times. Niettemin treft men in federale staten wel altijd één kamer aan – de Bondsdag, het Huis van Afgevaardigden, de Kamer van volksvertegenwoordigers – waar burgers direct worden gerepresenteerd en waar zal worden gelet op naleving van het beginsel van 'one person, one vote'. Het Amerikaanse constitutionele recht wijst echter uit dat strikte

HOOFDSTUK 7

Buiten bezwaren die hun oorsprong vinden in het recht zelf, zijn er ten slotte natuurlijk nog verschillende bezwaren van meer empirische aard tegen een conceptie van Europese soevereiniteit te bedenken. De EU kampt al sinds jaar en dag met het grote probleem dat zij niet voldoende omarmd wordt door haar burgers. Wat de Commissie ook bedenkt om het vuurtje aan te wakkeren, hoe hoogdravend verklaringen van Europese regeringsleiders ook klinken, en hoezeer het Europees Parlement zich ook profileert als behartiger van Europese waarden, het lukt de Unie maar niet om de bevolkingen van de verschillende lidstaten echt te enthousiasmeren voor het Europese project; iets dat onder andere blijkt uit de aanhoudend lage opkomstcijfers voor verkiezingen voor het Europees Parlement.¹¹³ Een belangrijke reden voor het uitblijven van dergelijk enthousiasme is precies dat Europese integratie altijd wordt voorgesteld als *project*. ‘The Union’, zo schrijft de Duitse hoogleraar Ulrich Haltern, ‘was not born from belief, visionary revolution, shared sacrifices, emotions, or love, but rather from the spirit of reason and enlightenment.’¹¹⁴ Daarom mist Europees recht ‘the erotic component so distinctive of nation-state politics.’¹¹⁵ Diens esthetische bestanddeel, aldus Haltern, is eerder dat van ‘consumerism’; een stroming waarin de mens primair als consument beschouwd wordt, en vanuit welk perspectief het vervolgens noodzakelijk wordt om mensen, via wetgeving met betrekking tot reclame, productveiligheid en garantievoorwaarden, te wijzen op de ‘gevaaren’ van de markt.

De gebrekkige verbeeldingskracht die uitgaat van economische integratie heeft ook consequenties voor dat andere narratief waarmee de Unie zichzelf in de loop der jaren is gaan aanprijzen: dat van rechtsstatelijkheid. Niet alleen, zoals zojuist werd beschreven, in de zin dat als gevolg van het principe van de markt de toegang tot het Europese recht beperkt is, maar ook wat betreft de betekenis van de notie rechtsstaat. Het beeld dat in verband met de Unie vaak ge-

toepassing van dit beginsel niet altijd mogelijk is. (Zie Art. I sect. 2 Am. Gw (‘... but each State shall have at least one Representative...’)). Ook een, formeel gezien, eenheidsstaat als het Verenigd Koninkrijk heeft hiermee te maken. Bij het trekken van districtsgrenzen in het VK voor het Lagerhuis wordt niet alleen gekeken naar bevolkingsomvang, maar ook naar criteria als natuurlijke en culturele grenzen (waarbij ook de opdeling van de Britse staat in 4 verschillende regio’s wordt meegenomen).

¹¹³ Tot nog toe zijn deze cijfers min of meer omgekeerd evenredig aan de bevoegdheden die het Parlement er in de afgelopen decennia bij heeft gekregen. Bij de eerste verkiezingen voor het EP, in 1979, was het gemiddelde opkomstpercentage nog heel behoorlijk: 62%. Naarmate de jaren vorderden – en het Parlement dus ook meer te zeggen kreeg – gleed dit percentage echter af naar een bedenkelijk niveau. Bij de meeste recente verkiezing van het Europees Parlement, die van 2009, werd een opkomstpercentage van slechts 43% behaald. Met de opkomst van Eurosceptische partijen in veel lidstaten neemt, paradoxaal genoeg, de kans weer toe dat verkiezingen voor het EP meer gaan leven. De verkiezingen van 2014 zijn een belangrijke testcase in dit verband.

¹¹⁴ Ulrich Haltern, ‘On Finality’, in: Von Bogdandy en Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 211.

¹¹⁵ Ibid.

schetst wordt – te weten dat de ‘rule of law’ haar grondslag vormt¹¹⁶ – is simpelweg incompleet. Wat de ‘rule of law’ in een specifieke situatie betekent, hangt, zoals in het vorige hoofdstuk besproken voorbeelden als *Omega* en *Sayn-Wittgenstein* goed laten zien, nauw samen met een bepaalde historische en culturele context. De ‘rule of law’ werkt dus niet alleen identiteitsbevorderend – een centraal uitgangspunt van de gedachte van de Unie als waardengemeenschap – zij veronderstelt ook dat er reeds een reservoir van identiteit aanwezig is waaruit geput kan worden bij de vaststelling van wat de notie in een gegeven geval oplevert. Zolang dit reservoir in de EU gevuld is met voorstellingen die groten-deels economisch gerelateerd zijn, blijft het potentieel van haar rechtsstatelijkheidsagenda inhoudelijk beperkt.¹¹⁷

Een groot obstakel bij de zoektocht naar een gezamenlijke Europese identiteit die verder reikt dan kooplust en vrij reizen, is dat belangrijke indicatoren in dit verband als geschiedenis en cultuur per land erg verschillend zijn. In de negentiende eeuw zagen politici en ambtenaren in veel staten die uit de as van het *Ancien Régime* oprezen zich ook min of meer geconfronteerd met dit probleem. Anders dan indertijd lijkt het nu echter niet goed voorstelbaar meer dat het centrale gezag actief beleid kan voeren om van de ingezetenen van de verschillende lidstaten ‘Europeanen’ te maken.¹¹⁸ ‘De operatie-natiestaat valt niet zomaar te herhalen.’¹¹⁹ En zou ook indruisen tegen de anti-nationalistische geest waarvan het proces van Europese integratie doordeesemd is. Voeg daaraan toe dat pogingen om de natiestaat overstijgende Europese symbolen aan te wijzen tot dusver-

¹¹⁶ Zie recentelijk nog de proefballon van Eurocommissaris Viviane Reding van Justitie in haar toespraak van 4 september 2013, ‘The EU and the Rule of Law – What Next?’, europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-677_en.htm.

¹¹⁷ Dit spanningsveld is goed merkbaar in de manier waarop Europese instituties omgaan met de constitutionele perikelen in Hongarije, over de nieuwe Hongaarse grondwet. Enerzijds wordt er in dit verband geschermd met grote woorden, die zijn ontleend aan algemene bepalingen als artikel 2 VEU en artikel 7 VEU. (Zie e.g. 2012/2511 (RSP), een resolutie van het Europees Parlement van 16 februari 2012). Voor zover Hongarije echt wordt aangepakt, gebeurt dit echter vooralsnog met een beroep op instrumenten die zijn aangenomen in het kader van de interne markt. Zie Zaak C-286/12, *Commissie v Hongarije* 2012, 6 november 2012, nng. en Jan Willem van Rossem, ‘Annotatie bij HvJ C-286/12, Commissie v Hongarije’, 14 *European Human Rights Cases* (2013/49). Vgl. verder ‘Editorial: Hungary’s new constitutional order and “European unity”’, 49 *Common Market Law Review* (2012) 871. Ook op dit punt kan de VS overigens weer als nuttige spiegel dienen. Belangrijke wetgeving over burgerrechten en ter bestrijding van rassensegregatie werden in de jaren ’60 (mede) aangenomen op basis van de ‘Commerce Clause’ uit Art. I, sect. 8 Const. In *Katzenbach v McClung*, 379 U.S. 294 (1964) werd deze praktijk door het Supreme Court grondwettig verklaard.

¹¹⁸ De Italiaanse staatsman Massimo D’Azeglio verwoorde dit ten aanzien van de Italiaanse bevolking in zijn memoires *I Miei Ricordi* uit 1895 als volgt: ‘L’Italia è fatta, restano da fare gli italiani’. Men kan zich overigens afvragen of dit in het geval van Italië goed gelukt is. Vgl. in dit verband, fraai, David Gilmour, *The Pursuit of Italy: A History of a Land, its Regions and their Peoples* (Londen: Allen Lane 2011).

¹¹⁹ Van Middelaar, *De Passage naar Europa*, 314.

HOOFDSTUK 7

re overwegend onsuccesvol zijn gebleken, en het wordt duidelijk hoe lastig het is om een Europese identiteit te creëren die dieper wortelt dan vandaag het geval is. De Unie, zo lijkt het, kan dus alleen meer een product van de ratio zijn; moet zich vastklampen aan het uiteindelijk weinig samenbindende motto ‘nooit meer oorlog’.¹²⁰ Maar hoe dwing je in een dergelijk ‘kille’ constructie solidariteit af? Hoe zorg je ervoor dat rationaliteit zich op een goed moment vertaalt in voldoende pathos voor de Europese zaak?

Hoewel publieke boodschappen van de Europese instellingen nog steeds regelmatig een ronkend karakter hebben, is het standpunt dat Europese eenheid dichterbij kan worden gebracht, door op zoek te gaan naar uitingen van een eenvormige Europese geschiedenis of cultuur, al een tijdje geleden goeddeels verlaten.¹²¹ Vanaf eind jaren tachtig is in plaats daarvan in toenemende mate nadruk komen te liggen op het credo ‘in verscheidenheid verenigd’. Dat is een verstandige keuze geweest. ‘Wanneer het ‘zelf’ onbepaalbaar is en de ‘ander’ geen markering biedt, resteert’, zoals Van Middelaar treffend heeft omschreven, alleen ‘de terugvalpositie, het ‘zelf’ opvatten als veelheid.’¹²² Dit wil niet zeggen dat Europese beleidsmakers en politici hun queeste naar een gemeenschappelijke identiteit nadien helemaal hebben gestaakt. Denk bijvoorbeeld aan de intrede van typische natiestaatsymbolen als een vlag en een volkslied; symbolen die ook nadat hiermee in het VvL formeel werd afgerekend, in de Europese publieke ruimte nog steeds betrekkelijk fier overeind staan.¹²³ Verder is er natuurlijk de euro; zoals de afgelopen jaren nog maar eens hebben uitgewezen, een politiek project *pur sang*. Hoezeer vlag, volkslied en munt ook passen in een klassiek natiestaatrepertoire, het onderliggende narratief van de Unie verandert er echter niet wezenlijk door. Dat is dat zij haar leden, staten en burgers, in de gelegenheid stelt hun eigenheid te vieren; niet dat zij erop uit is zelf natie te worden.¹²⁴

¹²⁰ De ironie is natuurlijk dat oorlogen naties juist van een samenbindend element voorzien. ‘Nations’, zo stelt Haltern in dit verband, ‘are characterised by symbols of commemoration, notably Tombs of Unknown Soldiers, which suggests that nationalism, like religion, takes death and suffering seriously (in a way that Marxism and liberalism do not).’ ‘On Finality’, 213-214.

¹²¹ Maar zie het in 2014 te openen ‘Huis van de Europese Geschiedenis’, een museum over Europese geschiedenis gefinancierd door het EP, waarvan de totale kosten worden geraamd op ongeveer 56 miljoen euro!

¹²² Van Middelaar, *De Passage naar Europa*, 320.

¹²³ Zie *supra* § 5.3, vn. 35.

¹²⁴ Artikel 167 VWEU (‘De Unie draagt bij tot de ontplooiing van de culturen van de lidstaten onder eerbiediging van de nationale en regionale verscheidenheid van die culturen, maar tegelijk ook de nadruk leggend op het gemeenschappelijk cultureel erfgoed.’)

7.5.2 *In verscheidenheid verenigd*

De erkenning van het feit dat de Unie haar kracht ontleent aan de diversiteit van de verschillende bevolkingen die zij herbergt, zou kunnen worden opgevat als argument tegen het bestaan van een Europese politieke gemeenschap en, in het verlengde daarvan, ook als afwijzing van de claim op soevereiniteit in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*. Vormt verscheidenheid – heterogeniteit – immers niet de antithese van homogeniteit? Het is zonder meer waar dat een surplus aan diversiteit een bedreiging vormt voor de figuur van een politieke gemeenschap. Ook als dit enkel mogelijk is via representatie, is de essentie van zo'n gemeenschap dat zij kan handelen. En dat gaat niet als zij niet in minimale zin een eenheid is. Constitutioneel en rechtsfilosofisch gezien is het echter een *non sequitur* om uit het enkele feit van verscheidenheid af te leiden dat eenheid niet voorhanden is. Niet voor niets luidt het motto van de EU 'in verscheidenheid verenigd'. Dit veronderstelt dat het beeld van de Unie als broedplaats voor pluriformiteit er niet aan in de weg staat dat tegelijkertijd ook gesproken kan worden van een Europese *demos*.

Omdat *demos* – Grieks voor volk – bij veel mensen connotaties met culturele en etnische eenheid oproept, wordt in de literatuur regelmatig de suggestie gedaan om de EU als *demoicratie* voor te stellen.¹²⁵ Met deze aanduiding zou goed tot uiting kunnen worden gebracht dat het organiserend beginsel van de Unie niet zozeer één homogeen volk is, als wel een veelheid van volkeren. *Volkssoevereiniteit*, zo is de gedachte, kan aldus plaatsmaken voor *volkerensoevereiniteit*.¹²⁶ Je kunt je echter afvragen wat constitutioneel gezien de toegevoegde waarde van deze manoeuvre is. Hoewel daar met name in de Duitse doctrine anders over wordt gedacht,¹²⁷ is het zeer de vraag of het leerstuk van volkssoevereiniteit wel eisen op tafel legt wat betreft de culturele of etnische verbondenheid van een gemeenschap. Zojust kwam al aan de orde dat ook veel 19^e-eeuwse naties aanvankelijk feitelijk bestonden uit heterogene massa's, die bijvoorbeeld op het gebied van taal vaak weinig onderlinge samenhang vertoonden. De naties die in deze landen gestalte kregen, waren eerder een product van de staat dan dat zij zelf als vormend principe voor de staat fungeerden.¹²⁸ Het

¹²⁵ Zie e.g. J.A. Hoeksma, *De EU als Unie van burgers en lidstaten: Naming and Defining the European Union* (Deventer: Kluwer 2009); Kalypso Nicolaïdis, 'We, the Peoples of Europe...', 83 *Foreign Affairs* (2004) 97; Samantha Besson en André Utzinger, 'Toward European Citizenship', 39 *Journal of Social Philosophy* (2008) 185.

¹²⁶ Zie Winfried Veil, *Volkssouveränität und Völkersouveränität in der EU* (Baden-Baden: Nomos 2007). Vgl. ook Duchateau, *Het Europees Parlement als transnationale volksvertegenwoordiging*.

¹²⁷ Ibid., 105.

¹²⁸ Zie Stefan Oeter, 'Souveränität und Demokratie als Probleme in der "Verfassungsentwicklung" der Europäischen Union: Fragen aus Verfassungstheorie und Verfassungsgeschichte an die deutsche Debatte um Souveränität, Demokratie und die Verteilung politischer Verantwort-

HOOFDSTUK 7

punt dat op grond van dit inzicht gemaakt kan worden, is – ten overvloede – niet dat de ‘Europese massa’ eenzelfde lot te wachten staat. Wel kan het dienen om te verhelderen dat de aanwezigheid van eenheid, een essentieel element van soevereiniteit, niet noodzakelijkerwijze afhangt van organische cohesie. In een democratie gaat het erom dat er een eenheid voorhanden is waarnaar kan worden verwezen als er besluitvorming plaatsvindt. Voor zover met de notie *demoicratie* wordt gesuggereerd dat dergelijke eenheid ook in Europees verband te vinden is, is zij dus weinig onderscheidend. ‘(T)hinking of co-existing multiple *demoi*’, een voorstel van Weiler, is zo gezien namelijk synoniem aan het conceptualiseren van een Europese *demos*.¹²⁹

De gedachte dat de EU als *demoicratie* kan worden neergezet, is relatief nieuw. Het spanningsveld tussen eenheid en pluriformiteit is echter een constante in het proces van Europese integratie. Neem de bekende zinsnede ‘een steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa’, een spreuk die al deel uit maakte van de preambule van het Verdrag van Rome en ook dankbaar door het Hof in *Van Gend & Loos* als argument werd gebruikt ter ondersteuning van zijn lezing van de Gemeenschap als ‘nieuwe rechtsorde’. Op het eerste gezicht valt in deze frase een ontkenning van de eenheidsidee te lezen. Wie zorgvuldiger kijkt, zal echter bemerken dat dit beeld sterk is geclausuleerd. Vertrekpunt voor het integratieproces zijn ‘de volkeren van *Europa*’. Voorafgaand aan het moment van stichting – of althans, zo bleek achteraf – bestond er dus al een duidelijk omljnd idee over de grenzen van de ledenkring; iets dat nog eens extra wordt beklemtoond doordat er wordt gesproken van ‘een steeds hechter *verbond*’ (dat er kennelijk al was voordat het Verdrag van Rome de aanzet zou geven voor een *hechter* verbond). Dit is een wezenlijk inzicht. Behalve over eenheid, zeggen grenzen in de regel namelijk ook wat over identiteit.¹³⁰

Tegen deze analyse zou onder meer kunnen worden ingebracht dat de notie Europa maar weinig aanknopingspunten biedt. Als geografische expressie is zij immers notoir onbestemd. Dit werd begin jaren negentig ook impliciet erkend

tung im geeinten Europa’, 55 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1995) 659, 688-693. Zie ook Eric Hobsbawm, *The Invention of Tradition* (Cambridge: Cambridge University Press 1983).

¹²⁹ Dit lijkt overigens door Weiler zelf ook te worden onderkend. Zie ‘To be a European Citizen’, 344-345.

¹³⁰ Lindahl, ‘Sovereignty and Representation in the EU’, 103 (‘(P)aradoxically, the very treaty that comes first, by virtue of founding the European Economic Community, claims to come *second*; a prior normative unity is held to be the starting point of a process of integration. In the same stroke by which the Preamble to the Treaty of Rome recognises a plurality of European peoples, it also presupposes their shared identity. In this minimal sense, the Treaty claims that a European people, *in the singular*, is the starting point of the integration process as a whole, regardless of the institutional form that might be given to the relation between that greater unity and its constituent parts. Hence, the Preamble to the Treaty of Rome confirms what we already learned from the failure of social contract theories: unity cannot be generated from plurality without already presupposing unity.’)

door de regeringsleiders van de destijds twaalf lidstaten. Op een top in Kopenhagen werd toen een aantal criteria ontwikkeld waaraan landen moeten voldoen, willen zij in aanmerking komen voor het lidmaatschap van de Unie. Het criterium dat er in dit verband het meest uitspringt, en inmiddels in artikel 49 VEU, dat handelt over toetreding tot de Unie, ook is geformaliseerd, is dat een staat die lid wil worden de waarden bedoeld in artikel 2 VEU moet eerbiedigen en actief dient uit te dragen.¹³¹ De Europeesheid van een staat valt bijgevolg klaarblijkelijk niet zozeer af te lezen van de plek die hij inneemt in de canon van de Europese geschiedenis, als wel van de mate waarin hij zich een democratische rechtsstaat betoont.¹³² Hierdoor lijkt de openheid van het Europese beschavingsproject – en daarmee ook de heterogeniteit van de ledenkring van de Unie – veel groter dan wellicht op basis van de frase ‘een steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa’ mag worden verwacht.

Op dit plaatje valt echter ook meteen weer het een en ander af te dingen. Weliswaar maakt artikel 49 VEU duidelijk dat de voorwaarden voor toetreding in beginsel objectiveerbaar zijn, tegelijkertijd staat het lidmaatschap volgens deze zelfde bepaling enkel open voor *Europese* staten, waardoor het vraagstuk van gemeenschappelijke identiteit via de achterdeur toch weer in volle hevigheid binnenkomt.¹³³ Een bijkomend punt is dat het verkeerd zou zijn om het criterium democratische rechtsstaat als een werkelijk objectief gegeven voor te stellen. Regelmatig blijkt namelijk dat men op politiek niveau democratie en rechtsstaatelijkheid als expliciet Europese verworvenheden beschouwt.¹³⁴ Met andere woor-

¹³¹ De andere twee criteria voor toetreding zijn: het hebben van een functionerende markteconomie die de concurrentiedruk en marktkrachten binnen de interne markt van de EU aankan (het economische criterium) en de verplichting tot het overnemen van het *acquis communautaire*.

¹³² Vgl. Van Middelaar, *De passage naar Europa*, 340.

¹³³ Dit ingebouwde spanningsveld zie je in de praktijk terug in het zich voortslepende debat over de vraag of Turkije lid zou moeten worden van de EU. Dit land zit al sinds 1969 in de wachtkamer van de Unie en heeft, zonder dat dit altijd objectief direct viel te rechtvaardigen, meerdere staten die later aan de poort klopten dan Turkije zelf naar binnen zien gaan. Kennelijk, zo zou uit de huivering van veel lidstaten ten aanzien van dit specifieke dossier kunnen worden geconcludeerd, zijn er dus wel degelijk elementen te noemen die Europa onderhuids vormgeven – lees: cultuur, geschiedenis en vooral religie – en is in elk geval niet ieder Europees land even Europees. Illustratief in dit verband is de uitspraak van voormalig Eurocommissaris Frits Bolkestein in zijn toespraak ‘De Veelvolkeren Unie’ ter opening van het academisch jaar van de Universiteit Leiden in 2004. Bolkestein beweerde dat bij toetreding Turkije tot de EU ‘de bevrijding van Wenen in 1683 vergeefs zal zijn geweest’ (www.europa-nu.nl/9353000/1/j9vvj9idsj04xr6/vgtjcvbl8wpe?ctx=vg09llm8ceyc).

¹³⁴ Het meest sprekend komt dit waarschijnlijk tot uiting in de Verklaring van Laken, de opmaat naar de Europese Grondwet. Hierin wordt onder meer het volgende gesteld: ‘Wat is de rol van Europa in deze veranderde wereld? Moet Europa niet, nu het eindelijk één is, een leidende rol gaan spelen in een nieuwe planetaire orde, die van een mogendheid die én in staat is een stabiliserende rol op wereldvlak te spelen én een lichtbaken te zijn voor tal van landen en volkeren? Europa als het continent van de humane waarden, de Magna Charta, de Bill of Rights, de Franse revolutie, de val van de Muur van Berlijn. Het continent van de vrijheid, de

HOOFDSTUK 7

den: hoe moeilijk het idee van een Europese waardengemeenschap, zoals eerder gezegd, ook te realiseren is vanwege het beperkte potentieel van marktintegratie, zij vormt, waar het de definiëring van de Unie ten opzichte van de buitenwereld betreft, wel een essentieel onderdeel van de Europese identiteit. Merk overigens op welke paradox achter dit beeld schuil gaat. Dezelfde waarden die bepalend zijn voor het zelfbeeld van Europa en haar onderscheiden van de rest van de wereld worden naar buiten toe uitgedragen als *universele* waarden. Derdelanden die dat nog niet hebben gedaan, wordt, bijvoorbeeld via associatie-akkoorden die de EU aangaat, gevraagd hen te omarmen. Dit alleen wel op basis van de suggestie dat wat in artikel 2 VEU opgenomen is, een geschenk is van Europa aan de wereld. Helemaal uniek is deze paradox niet. Tot op zekere hoogte worstelen ook liberale natiestaten hiermee.¹³⁵ Aangezien de EU, wat betreft haar identiteit, in het bijzonder afhankelijk is van liberale kernwaarden, kleeft echter toch wel wat merkwaardigs aan deze voorstelling van zaken.

Merkwaardig of niet, wat de gang van zaken omtrent toetreding van nieuwe leden tot de Unie illustreert, is dat uiteindelijk toch niet valt te ontsnappen aan het beeld van haar als eenheid. Elk moment van openheid is namelijk tegelijkertijd een moment van exclusiviteit; een hernieuwde definiëring van wat Europeanen tot Europeanen maakt en, indirect maar niet minder relevant, wie niet tot de club behoren. Hiermee wordt een wezenskenmerk van soevereiniteit aangeboord; het vermogen om onderscheid te maken. Schmitt, zo zal misschien worden herinnerd, bedacht in dit verband de metafoor van ‘vriend’ en ‘vijand’.¹³⁶ Met gebruikmaking van deze metafoor wilde de Duitse staatsrechtgeleerde uitleggen wat in zijn ogen het wezen van de politiek was. Dit deed hij mede om aan te tonen dat het liberalisme een lege vorm is. Euvel van deze ideologie in zijn beleving was dat zij teveel het individu centraal zet en, in het verlengde hiervan, miskent dat constitutionele normen die ter bescherming van het individu worden ingezet, altijd een contingent karakter hebben – afhankelijk zijn van een collectieve politieke beslissing die een rechtsorde kan openbreken en een grens kan aanbrengen tussen leden van een politieke gemeenschap (‘vrienden’) en buitenstaanders (‘vijanden’).

solidariteit, de diversiteit vooral, wat het respect inhoudt voor andermans talen, culturen en tradities. De enige grens die de Europese Unie trekt, is die van de democratie en de mensenrechten. De Unie staat enkel open voor landen die fundamentele waarden respecteren, zoals vrije verkiezingen, eerbied voor de minderheden, respect voor de rechtsstaat.’

¹³⁵ Dit geldt in Europa met name voor Frankrijk, dat zich, als land van de *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* uit 1789, aan de ene kant als exporteur van universele waarden beschouwt, maar de aan de andere kant de wereld er graag aan herinnert dat Frankrijk (met de Verenigde Staten) de bakermat hiervan is.

¹³⁶ *Supra*, § 2.3.2.

7.5.3 *Acclamatie*

Wat bij dit alles wel een beetje boven de markt blijft hangen, is in hoeverre beslissingen over ‘vriend’ en ‘vijand’ in de context van toetreding, zoals het principe van volkssoevereiniteit vereist, kunnen worden toegeschreven aan een Europese politieke gemeenschap van *burgers*. Waarin verschilt de EU als eenheid nu precies van, zeg, de Unie van Zuid-Amerikaanse Naties (UZAN)? Ook daar treft men een blok aan dat wezenlijk is afgebakend (Zuid-Amerika) en dat deze afbakening baseert op een bepaalde lotsverbondenheid tussen de naties – volkeren – die dat continent bevolken. Desalniettemin is (vooralsnog) helder dat de eenheid van de UZAN een afgeleide eenheid is; dat wil zeggen, aan het volkenrechtelijke karakter van deze organisatie wordt door niemand serieus getwijfeld.¹³⁷ Hierboven werd uitgelegd dat het antwoord op de gestelde vraag moet worden gezocht in het feit dat soevereiniteit ‘involves a ‘speech act’ – a *claim to ordering power*.’¹³⁸ Cruciaal is dus dat het HvJ het Verdrag van Rome zo interpreteerde dat hierin een existentiële breuk met het verleden werd gelezen. Zoals eveneens ter sprake werd gebracht, is zo’n interpretatie evenwel gedoemd om tandeloos te blijven als zij niet in de ‘toekomst’ wordt opgepikt – ‘geacclameerd’ – door de gemeenschap die hiervoor de grondslag vormt.

De term ‘acclamatie’ is verbonden met de naam van Carl Schmitt. Aan de hand van dit begrip wilde de Duitser aantonen dat een *demos* ‘trotz der Negativität ihrer Bestimmung nicht weniger bedeutungsvoll für das öffentliche Leben’ is.¹³⁹ Anders gezegd: zelfs al was representatie van soevereiniteit in de regel onontkoombaar, dan nog betekende dit niet dat een *pouvoir constituant* aan de zijlijn van de staat machteloos hoefde toe te kijken. Diens permanente en noodzakelijk positie buiten het recht – in de natuurtoestand – zou onverlet laten dat hij wel degelijk als ‘*realgegenwärtige Größe*’ invloed kon uitoefenen op *pouvoirs constitués* die binnen de rechtsorde onder normale omstandigheden namens hem de honneurs waarnamen. Het middel hiertoe volgens Schmitt in een moderne samenleving waarin antieke marktfora niet meer voorhanden zijn: ‘Die öffentliche Meinung’, ‘die moderne Art der Akklamation.’ Want, aldus Schmitt:

¹³⁷ De UZAN werd op 23 mei 2008 opgericht, en integreert onder andere de twee bestaande douane-unies MERCOSUR en de Andesgemeenschap. Artikel 2 van haar oprichtingsverdrag luidt: ‘De Unie van Zuid-Amerikaanse Naties heeft tot doel om, op basis van participatie en consensus, een ruimte van integratie en proces van éénheid te bouwen tussen hun volkeren op cultureel, sociaal, economisch en politiek gebied, hierbij prioriteit gevend aan onder andere politieke dialoog, sociaal beleid, educatie, energie, infrastructuur, financiering en het milieu, teneinde de sociale economische ongelijkheid te elimineren, de sociale betrokkenheid en civiele participatie te bevorderen, de democratie te versterken en de asymmetrie te verkleinen, tegen de achtergrond van de versterking van de soevereiniteit en onafhankelijkheid van de Staten.’

¹³⁸ Walker, ‘Late Sovereignty’, 6.

¹³⁹ Schmitt, *Verfassungslehre*, 243.

HOOFDSTUK 7

‘Es gibt keine Demokratie und keinen Staat ohne öffentliche Meinung, wie es keinen Staat ohne Akklamationen gibt.’¹⁴⁰

Het is onmiskenbaar dat Schmitt een terecht punt aansnijdt wanneer hij zegt dat de publieke opinie wezenlijk is voor een democratie. Of zijn these dat via de publieke opinie een *pouvoir constituant* ‘vlees’ wordt, ook stand kan houden is echter een tweede. Schmitt laat zich bij deze stelling leiden door de gedachte dat het onlogisch zou zijn indien de rol van een soeverein na de stichtingsdaad uitgespeeld zou zijn. Uiteindelijk, zo betoogt hij, laat een volk zich niet representeren. ‘Es kann nicht repräsentiert werden, weil es anwesend sein muß, und nur etwas Abwesendes, nicht ein Anwesender repräsentiert werden kann.’¹⁴¹ Met deze redenering zwemt Schmitt echter een fuik in. Zijn vooronderstelling dat een volk ooit fysiek aanwezig kan zijn is, zo behoeft inmiddels nauwelijks nadere uitleg meer, namelijk bijzonder problematisch. Vanwege de conceptuele onmogelijkheid om een begin te beginnen in de hoedanigheid van ‘formlos Formende’, is een ‘wij’ altijd afwezig als handelende eenheid; pas nadat een handeling is verricht worden de contouren zichtbaar van de ‘wij’ in wier naam dit is gebeurd.

Tot dusverre is dit probleem hoofdzakelijk besproken binnen de context van stichting. De redenering in dit verband wordt echter niet minder valide naarmate een sprong in de toekomst wordt genomen. Ook als een constitutionele orde eenmaal tot stand is gekomen – Schmitt typeerde deze situatie als het ‘Volk *neben* der verfassungsgesetzlichen Regelung’¹⁴² – blijft het noodzakelijk om een beroep te doen op het principe van representatie.¹⁴³ Wat het algemeen belang, dat wil zeggen de identiteit van een gemeenschap, in een concreet geval is – *in ultimo* een noodzakelijke vraagstelling ter verklaring en legitimering van een rechtsorde in een moderne, seculiere samenleving – kan, juridisch gesproken, alleen maar worden vastgesteld aan de hand van handelingen van individuen in de hoedanigheid van *rechts*genoten.¹⁴⁴ De wisselwerking tussen *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué* verloopt daarmee volgens een repetitief patroon. Keer op keer zal opnieuw door representanten van een gemeenschap moeten worden bekeken wat in een gegeven situatie het algemeen belang is, dat, als gevolg hiervan, ook nooit een vaste vorm kan aannemen.¹⁴⁵

Wat betekent dit alles precies voor het vraagstuk van acclamatie? Met name dat het illusoir is om, zoals Schmitt voorstelt, de mate waarin dit gebeurt ten aanzien van een rechtsorde in kaart te brengen op basis van gegevens die in

¹⁴⁰ Ibid., 246-247.

¹⁴¹ Ibid., 243.

¹⁴² Ibid., 242.

¹⁴³ Vgl. Hoogers, *De verbeelding van het soevereine*, 218-223.

¹⁴⁴ Lindahl, ‘Constituent Power and Reflexive Identity’, 19-20: ‘(T)he collective self ‘exists’ in the form of *self-attributive* acts by individuals. By exercising their constitutional rights, they retroactively take up the first-person plural perspective of a ‘We’ that has (already) enacted a constitution in its own interest.’

¹⁴⁵ Zie Lindahl, ‘European Integration’, 243-244.

blote vorm conceptueel gezien onbereikbaar zijn. De wil van een collectief kan alleen maar achterhaald worden door kennis te nemen van concretisering hiervan binnen de eenheid van een rechtsorde. Dit maakt acclamatie niet tot een minder zinvol fenomeen. Om operationeel te worden, zal de blik alleen echter wel moeten worden verschoven naar genoemde concretisering. Als het klopt dat de wil van een *pouvoir constituant* zelf niet kan worden bereikt, dan valt daarin namelijk de sleutel te vinden met betrekking tot de vraag of een claim op soevereiniteit ook wordt aanvaard; dat wil zeggen, of een politieke gemeenschap ook inderdaad aanwezig kan worden geacht.

Representatie geschiedt in de eerste plaats door personen die gelieerd zijn aan geconstitueerde lichamen en organen. Daar lijkt in eerste instantie dan ook naar gekeken te moeten worden om vast te stellen of de ‘speech act’ van het HvJ in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* is omarmd. In dit verband volstaat het om te verwijzen naar hoofdstuk vijf. Daarin werd, aan de hand van Weiler en Maduro, besproken hoe beide uitspraken, met horten en stoten, als katalysator hebben gewerkt voor de uitbouw, door alle relevante actoren, van een steeds gepoliti-seerder en veelomvattender verband. Als zodanig, zo zou kunnen worden geconcludeerd, acclameerden deze actoren de ‘revolutionaire’ daad van het Hof en, cruciaal, zorgden zij ervoor dat deze ook daadwerkelijk gestalte kreeg. Wat op het moment dat de Luxemburgse rechter begin jaren zestig zijn uitspraken deed nog duidelijk het karakter van een transgressie had, kreeg zo geleidelijk een ‘normale status’. Dit normaliseringsproces was niet alleen een kwestie van reageren. Door de aanvankelijk nog vrij naakte en wankel claim op autonomie stapje voor stapje te omhullen met constitutioneel weefsel – bescherming van grondrechten, directe verkiezingen voor het Europees Parlement, uitbreiding van bevoegdheden – werd deze claim door de betreffende actoren gaandeweg ook steeds steviger neergezet. De constitutionalisering van de Unie was zo bezien dus niet alleen een defensieve reactie op een nieuwe werkelijkheid, maar – en hier herkent men het zojuist aangestipte repetitieve karakter van de wisselwerking tussen *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué* – tegelijk onderdeel van de ‘ongoing self-determination of a European people’.¹⁴⁶

Dat gezegd hebbende, is een meer wezenlijke vraag uiteraard of kan worden gesteld dat de claim op autonomie ook wordt geacclameerd door degenen voor wie, als men het narratief van het HvJ volgt, het integratieproces is opgestart: de ingezetenen, inmiddels burgers van de Unie. Een Unie die pretendeert te worden voortbewogen door zelfbeschikking, kan niet volstaan met het enkel creëren van constitutionele uitlaatkleppen. Zij zal op een gegeven moment ook daadwerkelijk door een gemeenschap van burgers als vehikel van zelfbeschikking moeten worden herkend.¹⁴⁷ Zoals in de vorige paragraaf ter sprake kwam, gebeurt dit

¹⁴⁶ Ibid., 252.

¹⁴⁷ Hier draait het om de ‘of’ uit Abraham Lincolns bekende drieslag ‘government of the people, by the people, and for the people’. Zie algemeen Peter Lindseth, *Power and Legitima-*

HOOFDSTUK 7

maar mondjesmaat; tenminste, als opinieonderzoeken over de gevoelstemperatuur ten opzichte van de Unie worden gevolgd. In constitutionele zin is de publieke opinie echter als gezegd niet een erg hanteerbaar criterium. Zij kan om redenen die hierboven genoemd zijn althans niet de rol van *pouvoir constituant* vervullen. Wil men dichter bij de bron van een Europese *demos* komen, dan moet men dus uitkijken naar momenten waarop een volk de gedaante van *pouvoir constitué* aanneemt. In de context van de Unie betekent dit dat er bezien moet worden hoe personen zich gedragen als zij een functie vervullen die hun door het recht wordt toebedeeld.

De meest fundamentele functie in dit verband is die van electoraat; burgers (zelf reeds een geconstitueerde hoedanigheid)¹⁴⁸ hebben het recht afgevaardigden voor het Europees Parlement te kiezen.¹⁴⁹ Je kunt redeneren dat wanneer burgers naar de stembus gaan om van dit recht gebruik te maken, zij op een bepaalde manier de directe band bevestigen die er volgens het HvJ tussen hen en de Unie bestaat. In de stembusgang, zo zou kunnen worden betoogd, vereenzelvigen individuen zich met de figuur van Unieburger, en onderstrepen zij, al dan niet bewust, dat, zoals artikel 10 lid VEU stelt, de Unie gegrond is op de representatieve democratie. Van meer recente datum is de rol die Unieburgers wordt toebedeeld in artikel 11 VEU. Deze bepaling stelt burgers in staat een bepaald thema op de agenda van de Commissie te plaatsen, op voorwaarde dat zij een miljoen handtekeningen, afkomstig uit zeven verschillende lidstaten, ophalen.¹⁵⁰ Vooral de eis van zeven verschillende lidstaten is interessant in dit verband. Dat geeft namelijk een prikkel om over de eigen nationale grenzen heen te kijken. Dit, op zijn beurt, zou als een omarming van *Europese* democratie kunnen worden gezien.

Een soortgelijke redenering kan ook worden ontwikkeld ten aanzien van het moment dat particulieren naar een nationale rechter stappen om via de prejudiciële procedure en met behulp van de doctrines van directe werking en voorrang een beroep te doen op Europees recht. Weliswaar manifesteren zulke particulieren zich als zodanig niet concreet als *pouvoir constituant*, maar wel zou kunnen worden volgehouden dat zij zich identificeren met een visie die hen, in een eerder stadium, als marktburgers heeft geïdentificeerd. Lindahl verwoordt dit idee,

cy. *Reconciling Europe and the Nation-State* (Oxford en New York: Oxford University Press 2010).

¹⁴⁸ Zie vn. 43 in dit hoofdstuk.

¹⁴⁹ Art. 14 VEU jo. 20 en 22 VWEU. Vgl. Federico Fabbrini, 'Voting Rights for Non-Citizens: The European Multilevel and the US Federal Constitutional Systems Compared', 7 *European Constitutional Law Review* (2011) 392.

¹⁵⁰ Art. 11 VEU wordt uitgewerkt in Verordening 211/2011, PB 2012 L 94 van 16 februari 2011 over het burgerinitiatief. Zie Michael Dougan, 'What are we to make of the Citizens' initiative?', 48 *Common Market Law Review* (2011) 1807; Joana Mendes, 'Participation and the role of law after Lisbon: a legal view on Article 11 TEU', 48 *Common Market Law Review* (2011) 1849. Kijk voor informatie over het burgerinitiatief op ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome.

dat in beginsel over het gehele spectrum van de mogelijkheden die het Europese recht biedt kan worden toegepast, als volgt:

‘(B)y accepting direct effect and the supremacy of Community law, market citizens accept the Court of Justice’s invitation to view direct effect and supremacy as “implied” by the Treaty, that is, accept the Court’s invitation to view these rulings [*Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*, JWvR] as the acts of a constituted power. This amounts to recognising that only retroactively – and only provisionally – can an act of constituent power be viewed as an act by the collective: The members of a community attribute it to themselves in virtue of recognising it as an act whereby “We” founded a polity.’¹⁵¹

Niet iedereen zal deze argumentatie overtuigend vinden. ‘The ability to go to court to enjoy a right bestowed upon you by pleasure of others’, zo merkte Weiler ooit in voor hem karakteristiek proza op, ‘does not emancipate you, does not make you a citizen. Long before women or Jews were made citizens, they enjoyed direct effect.’¹⁵² Echte politieke legitimiteit kon volgens de Amerikaanse hoogleraar alleen verkregen worden als de subjecten van een rechtsorde behalve ‘in the effect of the law’ ook in ‘the politics of public authority’ konden meedingen. Met betrekking tot de ‘politics of public authority’, die met de gestage uitbreiding van de bevoegdheden van het Europees Parlement en het daaraan gekoppelde kiesrecht van de Unieburger onmiskenbaar tot wasdom zijn gekomen, kan voorts worden opgemerkt dat hier wel erg lauwttjes mee wordt omgegaan. Zoals al eerder gezegd: de opkomstcijfers voor verkiezingen van het Europees Parlement zijn al jaren dramatisch laag.¹⁵³ Kun je, met dat in het achterhoofd, nog wel stellen dat burgers ingaan op de uitnodiging van, in dit geval, de verdragsgever om de claim op autonomie te omarmen? Bijna driekwart van de Unieburgers, om de meest recente verkiezingen als uitgangspunt te nemen, bleef namelijk thuis.

Een bijkomend probleem is dat verkiezingen voor het Europees Parlement niet het enige moment zijn dat de ingezetenen van de Unie zich uitspreken over het integratieproces. Wat bijvoorbeeld te denken van de referenda in Nederland en Frankrijk in 2005, waarbij een meerderheid van beide bevolkingen zich uitsprak tegen het Grondwettelijk Verdrag? Hoewel het lastig is om te achterhalen wat de oorzaken van beide ‘nee’s’ waren, is het verleidelijk om hierin een afwijzing van het integratievertoog te zien. Er zijn commentatoren geweest die de uitkomst van beide referenda op een veel positievere manier hebben geduid, en vooral benadrukt hebben dat burgers nu eindelijk een stem hadden in de in-

¹⁵¹ Lindahl, ‘The Paradox of Constituent Power’, 498-499. Vgl. in enigszins vergelijkbare zin ook reeds Joseph H. Kaiser, ‘Das Europarecht in der Krise der Gemeinschaften’, 1 *Europarecht* (1966) 4, 8; 10.

¹⁵² Weiler, ‘To be a European Citizen’, 337.

¹⁵³ ‘Editorial: European Elections – is the European Parliament important today?’, 46 *Common Market Law Review* (2009) 767.

HOOFDSTUK 7

richting van de Unie.¹⁵⁴ Voor zover hiermee bedoeld wordt dat de Franse en Nederlandse kiezers de gedachte van een Europese *demos* hebben bevorderd, overtuigt dit betoog echter niet erg. Even aangenomen dat Schmitts principe van acclamatie ook de mogelijkheid van afwijzing bevat, heeft het er alle schijn van dat de autonomiethese door beide referenda een deuk opliep; ook al werd het GV in referenda in andere lidstaten juist wel omarmd.¹⁵⁵

7.5.4 Soevereiniteit als diachronisch proces

Deze kanttekeningen – en dit is slechts een greep uit bezwaren tegen de aanwezigheid van Europese soevereiniteit – leggen bloot dat het profiel van een *demos* op het niveau van de Unie nog uitermate zwak is. Op grond van het inzicht dat soevereiniteit vooraleerst een ‘speech act’ vormt, is het niettemin de vraag of de notie zich er wel tegen verzet dat zo’n profiel zwak is. Als dat wat tot dusverre in deze studie over soevereiniteit gezegd is iets leert, is het wel dat het dialectische spel tussen *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué* niet statisch, maar fluïde van aard is. ‘In the context of the birth of a new polity’, zo stelt Walker in dit verband, ‘the idea of mutual constitution and containment allows us to understand the emergence of a sovereignty-presupposing claim to autonomy as a diachronic process, a process of construction over time.’¹⁵⁶ Idealiter misschien, althans volgens het revolutionaire boekje, presenteert een dergelijke claim zich als een constitutionele *Big Bang* en is meteen helder welk algemeen belang maatgevend is. Gebeurt dat, zoals in het geval van de EU, niet, dan is dat echter niet meteen reden om het paradigma van soevereiniteit als onbruikbaar terzijde te schuiven. ‘(T)he absence (thus far) of a self-conscious polity-defining event’, aldus nogmaals Walker, ‘is no more fatal to the process of polity-construction than its presence is conclusive thereof.’¹⁵⁷

Deze redenering lijkt te worden onderschreven als men de latere introductie van het Unieburgerschap in ogenschouw neemt. Op het moment dat deze introductie plaatsvond, bij het Verdrag van Maastricht, was nog allesbehalve duidelijk of dit concept meer dan alleen symbolische betekenis had. Menig commentator was hier in het begin tamelijk sceptisch over.¹⁵⁸ Zoals later nader zal wor-

¹⁵⁴ Vgl. Daniel Halberstam, ‘The bride of Messina: constitutionalism and democracy in Europe’, 30 *European Law Review* (2005) 775, 777.

¹⁵⁵ In Spanje sprak 76,7% zich uit voor ratificatie van het GV, terwijl 17,2% het GV afwees. Ook in Luxemburg stemde een meerderheid voor het GV, al lagen de verhoudingen hier anders: 56,5% stemde voor en 43,5% tegen.

¹⁵⁶ Walker, ‘Late Sovereignty’, 20 (cursivering van mij, JWvR).

¹⁵⁷ Ibid., 20-21.

¹⁵⁸ Zie J.H.H. Weiler, ‘Citizenship and Human Rights’, in: J.A. Winter e.a. (red.), *Reforming the Treaty on European Union* (Den Haag: Kluwer Law International 1996) 65, die Unieburgerschap ‘little more than a cynical exercise in public relations on the part of the High

den belicht, is deze scepsis ongegrond gebleken. Hoewel het Unieburgerschap in constitutioneel opzicht nog lang niet de vergelijking met het nationale burgerschap kan doorstaan en nog steeds sterk verweven is met het principe van de markt, ondergaat eerstgenoemde notie, zoals eerder ook al werd gesteld, onmiskenbaar een inhoudelijke ontwikkeling die de these van een Europese *demos* kracht bij zet. Deze ontwikkeling, in belangrijke mate maar zeker niet uitsluitend jurisprudentieel van aard, verloopt via een evolutionair patroon. Stap voor stap wordt meer gewicht aan het Unieburgerschap gehangen. Of hier inherente grenzen aan verbonden zijn, is een vraag die hieronder aan de orde zal komen. Op deze plek gaat het erom te wijzen op het feit dat deze ontwikkeling niet los kan worden gezien van een dynamiek die lang voordat het Unieburgerschap formeel werd ingesteld reeds in gang werd gezet. Zeker, de *homo economicus* die door het HvJ in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* werd aangesproken, zag er anders uit dan de meer veelzijdige burger die men vandaag de dag aantreft. In het licht van de opmerking dat een claim op soevereiniteit een ‘process of construction over time’ vormt, kan echter vrij eenvoudig ‘het spoor terug’ worden gevonden.¹⁵⁹ ‘The idea of European citizenship’, zo kan daarom worden geconcludeerd, ‘has been with European integration forever.’¹⁶⁰

Deze conclusie is belangrijk. In de eerste plaats toont zij dat de introductie van het Unieburgerschap begin jaren negentig veel meer dan een waterscheiding, in de zin dat de ingezetenen van de Unie hierdoor een fundamentele transformatie ondergingen, een vorm van acclamatie was van een existentiële verandering die jaren daarvoor al plaats had gevonden.¹⁶¹ Als zodanig is zij in lijn met

Contracting Parties’ noemde. Maar zie ook reeds Siofra O’Leary, *The Evolving Concept of Community Citizenship: From the Free Movement of Persons to Union Citizenship* (Den Haag: Kluwer Law International 1996), waarin een veel minder sceptische toon wordt aangeslagen.

¹⁵⁹ Vgl. K.J.M. Mortelmans en H.G. Sevenster, ‘Het burgerschap van de Unie: het spoor terug’, in: Van den Brink e.a., *Beginselen bouwen burgerschap*, 49-59.

¹⁶⁰ Zie Armin von Bogdandy e.a., ‘Reverse *Solange*: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States’, 49 *Common Market Law Review* (2012) 489, 501, die hierbij o.a. verwijzen naar geschriften van de eerste Commissievoorzitter Walter Hallstein. Vgl. ook Isabelle Petit, ‘Dispelling a Myth? The Fathers of Europe and the Construction of a Euro-Identity’, 12 *European Law Journal* (2006) 661, die de ‘mythe’ ontzenuwt dat de *Founding Fathers* van het integratieproces het Europese project enkel in functionalistische termen benaderden en geen enkel oog hadden voor het kweken van een Europese identiteit.

¹⁶¹ Hier is het aardig om even terug te komen op de problematiek rond de verhouding tussen recht en politiek. Eerder, in hoofdstuk 2, werd deze problematiek besproken aan de hand van twee benaderingswijzen: een revolutionaire en een evolutionaire. Later, bij de bespreking van het Europese constitutiebegrip, werd hierop aangehaakt door het communautaire constitutionaliseringproces in de sleutel van een evolutionaire zienswijze te plaatsen. Voor zover dat al niet duidelijk was, maakt bovenstaande analyse inzichtelijk dat deze karakterisering maar ten dele adequaat is. De constitutie van de EU mag, anders dan bijvoorbeeld de Franse, dan *evolutionair* zijn in de zin dat zij geleidelijk aan vorm heeft gekregen en nog steeds krijgt, dit betekent niet dat er, wat haar essentie betreft, geen sprake was van een *revolutionair* rechtsmoment. Dat was er, met *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*, wel degelijk. Beweerdelijk

HOOFDSTUK 7

het beeld dat Maduro van het Unieburgerschap schetste: net als de rechtsstatelijke mantel die gaandeweg over het integratieproces is uitgeworpen, kan het gezien worden als versterking van de, bij diens instelling in 1993, reeds bestaande claim op autonomie.¹⁶² In de tweede plaats is zij belangrijk omdat in dit perspectief besloten ligt dat het niet fataal is indien een soevereiniteitsclaim zich nog niet definitief heeft gevestigd; dat wil zeggen als zo'n claim nog niet correspondeert met een *demos* in de ruime betekenis van het woord. Het lijdt geen twijfel dat de Europese *demos* momenteel nog een broos karakter heeft – beduidend brozer dan bijvoorbeeld de Franse natie die, op een kaatsbaan nabij Versailles, indertijd met één klap in volle glorie zichtbaar werd gemaakt. Het zou echter verkeerd zijn om hier een kwalitatief verschil in te lezen. Ook als een soeverein via een klassieke *Big Bang* verschijnt, is hij 'remorselessly dependent on an ongoing dialectic of law and politics in which the earlier claim in either political or legal register will inevitably be conditioned by and represented, refined and perhaps significantly reshaped in the other register.'¹⁶³

Een derde punt dat tot slot kan worden gemaakt, is dat soevereiniteit geen 'zero sum game' oplevert, wanneer een soevereiniteitsclaim als een diachronisch proces wordt opgevat; dat wil zeggen, als een verschijnsel dat zich door de tijd heen kan ontwikkelen. Ja, zoals het *Bundesverfassungsgericht* in zijn *Lissabon-Urteil* verklaarde, is een onverbreekelijke eigenschap van zelfbeschikking dat zij niet zonder 'verfasster politischer Primärraum' kan. Omdat soevereiniteit, anders dan het Duitse Hof in navolging van Schmitt redeneert, geen eenrichtingsverkeer oplevert in de zin dat recht eenduidig het resultaat is van een politieke beslissing, kan echter niet worden uitgesloten dat zich op een en hetzelfde moment simultaan twee concurrerende claims op soevereiniteit manifesteren. Want dat is toch deels wat besloten ligt in kritisch commentaar op een Europese soevereiniteitsconceptie; de overtuiging dat democratische legitimatie van het Unierecht primair verloopt via de constitutionele bastions van de lidstaten, waar *demos*-concepties over het algemeen veel sterker zijn ontwikkeld dan in de EU zelf. Uit het bovenstaande volgt echter dat het conceptueel gezien onzuiver is om hieruit de conclusie te trekken dat een Europese *demos* afwezig is. Wie ten aanzien van een bepaalde rechtsorde als soeverein optreedt, is een kwestie van perceptie en kan fundamenteel open liggen. Het principe van acclamatie biedt in dezen niet direct soelaas. Althans niet zolang de claim op autonomie ongepikt

ondergraaft deze bevinding de samengestelde constitutie-these van Besselink, die, zoals eerder, *supra*, § 5.8.1, ter sprake kwam, het constitutionele proces van de EU primair in evolutionaire termen duidt en dit proces afzet tegen revolutionaire processen, waarin het principe van soevereiniteit een belangrijke rol speelt.

¹⁶² Al tijdens de Top van Parijs in 1974 zong de de expliciete conceptie van burgerschap rond. In het rapport uit 1975 dat naar aanleiding van deze conferentie door eerste minister van België Tindemans werd opgesteld, wordt gerefereerd aan 'A Citizen's Europe'. Zie het rapport van Tindemans: 'European Union, Report to the European Council: Tindemans Report', *EC Bulletin* 1/76.

¹⁶³ Walker, 'Late Sovereignty', 20.

blijft worden door particulieren (bijvoorbeeld als Unieburgers met een beroep op het Unieburgerschap en/of fundamentele rechten aan rechters vragen de horizon van het Unierecht te verbreden) en tegelijkertijd de voorbeelden voor het oprapen liggen van situaties waarin nationale soevereiniteitsnarratieven worden geacclameerd (bijvoorbeeld als leden van de Duitse Bondsdag zich bij het Hof in Karlsruhe vervoegen om de grondwettigheid van het Europese noodfonds aan te vechten).

7.6 Constitutionele finaliteit

7.6.1 *Potentialiteit van crisis*

Het postulaat dat de Unie vanaf het moment dat het Hof van Justitie begin jaren zestig de autonomiethese ontvouwde, gegrondvest is op twee, met elkaar concurrerende soevereiniteitsclaims – feitelijk dus meerdere versies omtrent de waarheid over de aard van het integratieproces kent – komt misschien wat gekunsteld over. Een blik op de geschiedenis leert echter dat het feit dat het Europese constitutionele proces beweerdelijk op twee gedachten hinkt, geenszins uniek te noemen is. In meer of mindere mate hebben de meeste federaal gestructureerde entiteiten hiermee te maken gehad. Neem bijvoorbeeld het Amerikaanse equivalent van de Franse *nation*, het overbekende ‘We, the people’ uit de preambule van de Amerikaanse Grondwet. Vandaag de dag is het gebruikelijk om deze ‘We, the people’ als auteur van een soevereine constitutionele orde te beschouwen.¹⁶⁴ Indertijd was echter omstreden of hierin wel een *pouvoir constituant* kon worden gezien.¹⁶⁵ Pas nadat het *Supreme Court* in enkele baanbrekende uitspraken het primaat van het Amerikaanse volk ten opzichte van de volkeren van de deelstaten had bepleit en nog weer later op het slagveld deze lezing werd bevestigd, kon ondubbelzinnig worden verkondigd dat de Constitutionele Conventie in Philadelphia in 1787 een revolutionair stichtingsmoment vormde.¹⁶⁶ Afhankelijk van hoe iemand de Constitutie interpreteerde, verhinderde de ambiguïteit die voor die tijd ten aanzien van het ‘Dasein’ van een Amerikaanse

¹⁶⁴ Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (Cambridge: Harvard University Press 1991).

¹⁶⁵ Zie Schütze, *European Constitutional Law*, 50, i.h.b. vn. 10, waarin benadrukt wordt dat ‘it was not the ‘American people’, but the people(s) of the several States that would ordain the 1787 Constitution’. De frase ‘We, the people of the United States’ zou indertijd vooral gerefereerd hebben aan ‘the idea that the people(s) in the States – not the State legislatures – had ratified the Constitution’. Vgl. ook Duchateau, *Het Europees Parlement als transnationale volksvertegenwoordiging*, 118-124, en bronnen aldaar. Tot slot zij verwezen naar Eijssbouts, ‘Wir sind das Volk’, 204-207.

¹⁶⁶ Ten opzichte van de revolutie van 1776 wel te verstaan!

HOOFDSTUK 7

demos bestond, ondertussen echter niet dat dit volk als constituerende macht toen al wel aanwezig kon worden geacht.

De manier waarop in de Verenigde Staten met name in de eerste helft van de 19^e-eeuw verschillende constitutionele processen door elkaar heen gelopen hebben, voedt de gedachte dat een *demos*-conceptie bij tegenwind met betrekking tot haar bestaansgrond niet meteen mag worden afgeschreven. Ook maken de ervaringen aan de overzijde van de Atlantische Oceaan geloofwaardig dat de these van concurrerende soevereiniteitsclaims meer is dan alleen een meta-constitutionele abstractie. Op een bepaald moment in de tijd kan het gewoonweg onduidelijk zijn wat de grondslag van het gezag is dat in een rechtsorde wordt uitgeoefend. Tegelijkertijd toont de Amerikaanse constitutionele geschiedenis dat er een moment kan komen waarop de vraag naar de soevereiniteit zo urgent wordt, dat deze vraag niet langer onbeantwoord kan blijven. In de Verenigde Staten werd dit moment destijds uitgelokt door oplopende spanningen tussen het Noorden en het Zuiden over de economische richting van de Unie en de kwestie van slavernij. Na de nodige constitutionele schermutselingen, waarvan de nullificatie-crisis in South Carolina in 1832 de meest spraakmakende was,¹⁶⁷ besloten de zuidelijke staten op een gegeven ogenblik gebruik te maken van een recht dat zij meenden op grond van hun soevereiniteit te bezitten: dat van uittreding. President Lincoln en een meerderheid van het Congres antwoordden dat zij dit recht hadden opgegeven toen zij, namens hun onderscheidenlijke volkeren, in 1787 en de jaren erna, de Amerikaanse constitutie ondertekenden.

Er is weinig verbeeldingskracht voor nodig om tussen het Amerika van toen en het Europa van vandaag een parallel te vinden. Sinds het moment dat in de directe nasleep van de val van Lehman Brothers duidelijk werd dat Griekenland in grote financiële problemen verkeerde, is de EU in een crisis terecht gekomen die zijn weerga niet kent. Op het moment van schrijven woedt deze crisis niet meer in volle hevigheid. Op de achtergrond luwt zij echter nog wel degelijk.¹⁶⁸ Door deze crisis, die als onmiddellijke inzet het redden van de euro heeft, schudt de Unie op haar grondvesten. In politiek opzicht – in de zin dat de solidariteit tussen de lidstaten en hun bevolkingen zeer zwaar op de proef wordt gesteld – maar ook in normatief opzicht – in de zin dat de vraag gewettigd is of het constitutionele regime dat de EU op dit moment behuizing biedt nog wel voorziet in haar behoeften. In het politieke debat over de Unie, dat door de crisis in vrijwel

¹⁶⁷ Deze crisis ontstond nadat het Congres een tweetal wetten van protectionistische aard (de *Tariff of Abominations* van 1828 en *Tariff of 1932*) aannam om de industrie in de noordelijke staten te beschermen. Hierop verklaarde het zuidelijk gelegen South-Carolina deze wetten middels de *Ordinance of Nullification* binnen haar staatsgrenzen ongrondwettig. Dreiging met militaire actie tegen South Carolina door president Jackson en een nieuwe wet (met de veelzeggende naam *Compromise Tariff*) waren nodig om South Carolina de *Nullification Ordinance* in te laten trekken en zodoende de crisis te beëindigen. Zie Daniel Walker Howe, *What Hath God Wrought: The Transformation of America, 1815-1848* (Oxford: Oxford University Press 2007) 395-410.

¹⁶⁸ Vgl. François Heisbourg, *La Fin du Rêve Européen* (Parijs: Stock 2013).

alle lidstaten enorm is aangewakkerd, klinkt voorts steeds nadrukkelijker de vraag door welk belang nu precies centraal staat binnen de Unie, het Europese dan wel het nationale. Ook in Nederland. De VVD, een van de politieke partijen die regeringsverantwoordelijkheid heeft gedragen gedurende de crisis, stelt zich zeer doelbewust op het standpunt dat Europese samenwerking, en dus ook de besluiten die in Brussel worden genomen om de financiële en economische brand te blussen, primair moeten worden gezien als uitvloeisel van het Nederlandse belang.¹⁶⁹ En de Eurosceptische PVV maakte het lidmaatschap van de EU zelfs expliciet tot inzet van de verkiezingen voor de Tweede Kamer. Op het spel, zo viel in het verkiezingsprogramma van de partij van Geert Wilders te lezen, stond niets minder dan de Nederlandse soevereiniteit. ‘Zijn wij’, vroegen de PVV’ers zich af, ‘nog wel een land dat zichzelf wil besturen? Vormen wij nog een volk dat baas is over zijn eigen grondgebied?’¹⁷⁰

Uiteraard is het niets nieuws dat lidstaten binnen de Unie hun eigen belang nastreven. De stelling dat de EU gegrondvest is op met elkaar concurrerende soevereiniteitsclaims verhindert dit in beginsel ook niet. Bijzonder aan de periode die de Unie doormaakt sinds het moment dat het Griekse probleem in 2009 begon op te spelen, is evenwel dat het erop lijkt dat het spanningsveld dat als gevolg van deze concurrentie in het integratieproces zit ingebakken, niet langer te controleren valt. Eigen aan een constitutioneel regime dat meerdere versies omtrent de waarheid over diens werking kent, is dat de aanwezigheid van, dito, verschillende ‘algemene belangen’ op de een of andere manier gecamoufleerd kan worden.¹⁷¹ Door de eurocrisis zijn, net als indertijd in de Verenigde Staten is gebeurd, echter krachten losgekomen die deze status quo misschien niet langer houdbaar maken. Als gevolg hiervan lijkt het erop dat de Unie in een existentiële fase van haar bestaan is aanbeland; een fase waarin lidstaten en burgers met de billen bloot moeten wat betreft de vraag welk algemeen belang het primaire referentiepunt vormt bij het nemen van beslissingen. Schmitt had, indien hij nog geleefd had, waarschijnlijk wel raad geweten met het duiden van deze fase. Trouw aan zijn eigen definitie dat soevereiniteit een grensbegrip vormt, had hij de Eurocrisis mogelijk getypeerd als ‘uitzonderingstoestand’; een situatie waarin het recht geen antwoorden meer biedt en de vraag naar soevereiniteit, normaal iets dat achter het recht verscholen ligt, weer actueel wordt.¹⁷²

¹⁶⁹ Zulks blijkt ook uit de benadering van Europese besluiten en regelgeving door de VVD, waarin het Nederlandse belang voorop wordt gesteld. Zie het verkiezingsprogramma van de VVD voor de verkiezingen van het Europees Parlement in 2014, waarin de volgende zin voorkomt: ‘De VVD beoordeelt Europese voorstellen pragmatisch en op het criterium (...) of het beleid strookt met het Nederlands belang’

¹⁷⁰ Weinig verhullend is ook de titel van het verkiezingsprogramma van de PVV voor de Tweede Kamerverkiezingen van 2012: ‘Hun Brussel, Ons Nederland’, www.pvv.nl/images/stories/verkiezingen2012/VerkiezingsProgramma-PVV-2012-final-web.pdf.

¹⁷¹ Zie uitgebreid *infra*, § 9.3-9.5.

¹⁷² Schmitt, *Politische Theologie*, 13-14. Zie uitgebreid *infra*, § 9.7.

HOOFDSTUK 7

In hoeverre de Unie zich door de Eurocrisis in een ‘uitzonderingstoestand’ bevindt, is een vraag die lastig te beantwoorden is – als hij al te beantwoorden valt. Vast staat in ieder geval wel dat door alle gebeurtenissen van de afgelopen jaren weer een onderwerp uit de kast is gehaald, waarvan politici en beleidsmakers in 2007, nadat ze met de totstandkoming van het Verdrag van Lissabon ook de perikelen rond de Europese Grondwet hadden afgesloten, hoopten dat ze het voor lange tijd hadden opgeborgen: dat van de ‘finalité’, oftewel de vraag wat het einddoel is van de EU. Pleitbezorgers van de Europese gedachte, zoals de Duitse oud-minister van Buitenlandse Zaken Joschka Fischer, zien in de Eurocrisis het bewijs dat de Unie uiteindelijk maar één echte keuze heeft – de federale vlucht naar voren.¹⁷³ Anders gezegd: wil de EU overleven, dan moet zij, al zal dat in de praktijk niet (meteen) als zodanig aangeduid worden, omgevormd worden tot Europese staat. Gebeurt dit niet, zo is de vrees, dan zal zij, zoals eerder al talloze andere, inmiddels ‘Vanished Kingdoms’ overkomen is, op de mestvaalt van de geschiedenis belanden.¹⁷⁴

Aangezien soevereiniteit, als gevolg van haar paradoxale natuur, een inherent instabiele verworvenheid is, kan worden betwijfeld of daadwerkelijke finaliteit een bereikbaar ideaal vormt. Hoewel afhankelijk van een normatief keurslijf, laat een *pouvoir constituant* zich niet bedwingen door constitutionele vormen. Hoe succesvol een constitutionele orde ook is in het vertalen van een algemene wil, de mogelijkheid dat een ‘revolutie’ uitbreekt, dat wil zeggen dat de tot stand gebrachte orde wordt opgebroken om hier een nieuwe voor in de plaats te stellen, ligt altijd op de loer.¹⁷⁵ Evengoed lijkt het uitgangspunt van

¹⁷³ Zie e.g. Joschka Fischer, ‘Europe’s Shaky Foundations’, 30 augustus 2011, www.project-syndicate.org/commentary/europe-s-shaky-foundations. Zie over de beladen kwestie van ‘finalité’ voorts e.g. Haltern, ‘On Finality’; Ingolf Pernice, ‘Zur Finalität Europas’, in: Gunnar Folke Schuppert, Ingolf Pernice en Ulrich Haltern (red.), *Europawissenschaften* (Baden-Baden: Nomos 2005).

¹⁷⁴ ‘Vanished Kingdoms’ (Londen: Penguin Books 2011) is de titel van een recente en veel verkochte studie van de gelauwerde Britse historicus Norman Davies. Op het moment dat deze bestseller uitkwam, was de Eurocrisis inmiddels in volle hevigheid losgebarsten. Davies kreeg vervolgens veelvuldig de vraag voorgelegd of de EU wellicht binnenkort als ‘Vanished Kingdom’ kon worden beschouwd. Zie e.g. online.wsj.com/article/SB10001424052970203-918304577240984211126416.html.

¹⁷⁵ Sterker nog, in extreme zin zou het zelfs bijzonder ondemocratisch zijn om een finale constitutionele oplossing voor de EU na te streven (net zoals het ondemocratisch is om eeuwigheidswaarde aan de natiestaat toe te dichten). Als poging om de revolutionaire daad van ‘een steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa’ in steen te houwten zou een Europese constitutie met een grote letter C namelijk op gespannen voet staan met het recht op zelfbeschikking, dat, om voor zelfbeschikking te kunnen doorgaan, principieel ongebonden moet zijn. Dit is, zoals wel voor meer geldt dat hierboven gesteld is, uiteraard een vrij theoretisch punt. Niettemin biedt het wel een handig aanknopingspunt om sommige vertogen die de ronde doen over het integratieproces in perspectief te zien. Neem bijvoorbeeld het recente, voor veel ophef zorgende proefschrift van Thierry Baudet, *Aanval op de natiestaat* (Amsterdam: Bert Bakker 2012), dat onder meer op basis van het argument van democratie fel uithaalt naar de Europese Unie. Vgl. Christodoulidis, ‘Constitutional Irresolution’, 426 (‘As

constitutionele ‘finalité’ de koers van het integratieproces wel te dicteren. Dit valt bijvoorbeeld op te maken uit het rapport ‘naar een echte Economische en Monetaire Unie’, van de hand van Herman van Rompuy, voorzitter van de Europese Raad.¹⁷⁶ Dit bespreekt expliciet de oprichting van een politieke unie. Of zo’n politieke unie op korte of middellange termijn een realistisch perspectief vormt, kan worden betwijfeld. Dat is hier echter het punt niet. Het punt is dat ‘institutionele vergezichten’, zoals premier Mark Rutte dergelijke plannen eens noemde, niet uit kunnen blijven, waar een uitgesproken constitutioneel jargon zich mengt met een constitutioneel project als een gezamenlijke munt.¹⁷⁷

Ook zonder dat de Eurocrisis was uitgebroken, is het evenwel de vraag of de Unie de dynamiek van een einddoel van zich af had weten te schudden. In het vorige hoofdstuk werd besproken hoe de Unie, om de beschrijving van Advocaat-Generaal Sharpston nog een keer te gebruiken, steeds meer opschuift richting de status van ‘waarlijke rechtsunie’. Evenals de reeds aangehaalde term *Rechtsgemeinschaft*, afkomstig van oud-Commissiepraeses Walter Hallstein, is dit een wat merkwaardig stempel. Het lijkt te zijn ingegeven door twee, elkaar deels tegensprekende overwegingen. Enerzijds ligt in de term het besef besloten dat de Unie, zoals de zaken er nu voorstaan, niet de aspiratie kan koesteren ook als volwaardige politieke gemeenschap door het leven te gaan. Anderzijds proef je ook dat hiermee tot uitdrukking wordt gebracht dat dit niet nodig is; dat het element ‘politiek’ als het ware kan worden ‘kaltgestellt’. Alle wegen die naar een ‘waarlijke rechtsunie’ leiden – materiële uitbreiding van het Unieburgerschap, expansie van grondrechtenbescherming, beter toezicht op het democratisch gehalte van de lidstaten – zijn echter ook door en door politiek van aard. Zelfs zodanig, dat men zich kan afvragen waarin de gang naar een dergelijke unie zich nog onderscheidt van een ‘ordinair’ federaliseringsproces.¹⁷⁸

7.6.2 *De autonomiethese als ‘self-fulfilling prophecy’*

Volgens Luuk van Middelaar, zelf geen jurist maar politiek filosoof, is het ‘juridische denken (...) specialist van de lege vormen die langzaam inhoud krijgen.’

institutional achievement the Constitution continues to find its defining moments in entrenchment and suspension. To argue the case for constitutionalism as perpetual transgression is to ignore how the rules of recognition, pinning down jurisdiction and constituency, must be kept fast. To claim otherwise is to stretch the constitutional moment to breaking point and undo what it is we achieve through it.)

¹⁷⁶ Herman van Rompuy, ‘Naar een echte Economische en Monetaire Unie’, www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/nl/ec/134192.pdf.

¹⁷⁷ Zie behalve het rapport van Van Rompuy bijv. ook de State of the Union van 2013: José Manuel Durão Barroso, europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_en.htm.

¹⁷⁸ Dit wordt, zoals eerder al werd aangestipt, overigens deels ook door Sharpston zelf onderkend. Zie over ‘federalisering’ uitgebreid: hfdst. 9.

HOOFDSTUK 7

‘Alleen de juridische regel kan een conceptueel luchtkasteel omzetten in een institutioneel feit.’¹⁷⁹ Met deze stellingname heeft Van Middelaar ontegenzeggelijk een punt. Zeker in het universum van het Europese recht hebben normen en beginselen vaak gefungeerd (en fungeren zij nog steeds vaak) als ‘self-fulfilling prophecy’. De meest ingrijpende en tegelijkertijd ook fantastische profetie – feitelijk de moeder aller profetieën van het Europese recht – is natuurlijk de autonomieclaim geweest die in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* werd ontwikkeld en welke een directe band met burgers veronderstelde, die pas later, nadat de claim op tafel was gelegd, echt tot stand is gekomen. Iets soortgelijks kan ook over het Unieburgerschap gezegd worden. Weliswaar werd met dit instituut, zoals hierboven ter sprake kwam, voortgebouwd op een in zekere zin reeds bestaand burgerschap, de uitspraak van het Hof in *Grzelczyk* dat de figuur is voorbestemd ‘de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten’ te zijn, heeft zijn uitwerking niet gemist. Wie de ontwikkeling van het Unieburgerschap na *Grzelczyk* gade slaat – denk onder andere aan zaken als *Rottmann* en *Ruiz Zambrano* – merkt dat het predestinatie-argument steevast opduikt als rechtvaardiging om de grenzen van de notie verder op te rekken, met als gevolg dat de voorspelling van ‘primaire hoedanigheid’ inderdaad langzaam uitkomt.¹⁸⁰

Wat je bij dit alles wel kunt afvragen – en hier opereert Van Middelaar weerdelijk wat te eenzijdig – is of het ‘juridische denken’ zijn inhoud vergaart zonder dat vooraf duidelijk is welk ‘object’ het heeft.¹⁸¹ Tenzij wordt volgehouden dat het recht kan worden bestudeerd zonder rekening te houden met de vraag wat diens legitimerende functie is,¹⁸² lijkt zo’n object en *eo ipso* inhoudelijk criterium namelijk wel degelijk aanwezig. In een minimale zin, is elke toepassing van een rechtsregel, om het even of dat in het wetgevingsproces of in het proces van rechtspraak gebeurt, ook een reproductie van de identiteit van een politieke gemeenschap.¹⁸³ Een wet of regel is verbindend, zo leert een moderne opvatting van het legaliteitsbeginsel, omdat zij of hij ook kan worden beschouwd als *zelfregering*. Het recht bestaat daarom niet in een vacuüm. Het is erop gericht uitdrukking te geven aan waarden en beginselen die met een bepaald zelfbeeld samenhangen. Dus, als het Europese Hof in een concrete zaak met de vraag wordt geconfronteerd wat de betekenis van het Unieburgerschap is, doet het dat niet zonder inhoudelijk kompas. Zoals feitelijk voor elke norm geldt, ligt ook aan het Unieburgerschap een bepaalde identiteitsconceptie ten grondslag waarmee de rechter in Luxemburg uit de voeten kan en moet.

¹⁷⁹ Van Middelaar, *De passage naar Europa*, 23.

¹⁸⁰ Vgl. *infra*, § 8.2.

¹⁸¹ Van Middelaar, *De passage naar Europa*, 23 (‘Het recht heeft van zichzelf geen object; als vormdenken zoekt het een inhoud.’)

¹⁸² Zie in deze zin bijvoorbeeld Kortmann, *Constitutioneel recht*, 19-20. Vgl. verder ook de kritiek die eerder in hfdst. 2 op Kelsen werd geuit wat betreft diens voorstelling van legitimiteit.

¹⁸³ Zie Lindahl, ‘European Integration’, 240-244, die hierbij verwijst naar de argumentatie van het Duitse *Bundesverfassungsgericht* in de *Maastricht*-uitspraak.

De *Van Dale* definieert het woord ‘object’ in filosofische zin als een ding dat ‘onafhankelijk van het menselijk verstand bestaat’.¹⁸⁴ Dit, zo zal iemand als Van Middelaar wellicht tegenwerpen, is in het recht niet ondubbelzinnig het geval. In zaken als *Rottmann* en *Ruiz Zambrano* heeft het er bijvoorbeeld alle schijn van dat het recht behalve identiteit *reproduceert*, ook identiteit *produceert*. Kritiek op het vermeende inhoudsloze karakter van de juridische regel valt, in een notendop, derhalve samen met de paradox van soevereiniteit, waarbij een *demos*, in de woorden van Lindahl, niet alleen wordt ‘presupposed as the ‘starting point’’, maar ook als ‘the ‘end point’ or terminus of [legal] power’ optreedt.¹⁸⁵ De reden om dit punt hier naar voren te halen, is meer dan alleen een herhaling van zetten. Wat het laat zien, is dat de omstandigheid dat Europees recht regelmatig als ‘self-fulfilling prophecy’ werkt misschien wel inherent is aan de autonomie – lees: soevereiniteits – gedachte. Als een object zowel reeds als beginpunt wordt aangenomen als pas leven krijgt ingeblazen wanneer een norm wordt toegepast, kan men zich althans afvragen hoe het Europese project, bezien vanuit het perspectief van het Unierecht, ooit in een spoor terecht kan komen waarin *integratie* geen leidend principe meer is. De in dit hoofdstuk verdedigde premisse dat de Europese constitutie *au fond* moet worden gezien als het resultaat van een daad van zelfbeschikking door een Europese *demos*, werpt haar schaduw zo bezien namelijk vooruit.

Hier zou tegenin kunnen worden gebracht dat in de Verdragen verschillende veiligheidskleppen zijn ingebouwd die ervoor zorgen dat de claim op soevereiniteit in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* beperkt van omvang blijft. Denk aan het attributiebeginsel en, misschien wel vooral, aan wat nog steeds het meest tastbare levensbeginsel van de Unie is, de totstandbrenging van een interne markt.¹⁸⁶ Het principe van de interne markt, zo zou kunnen worden betoogd, leidt ertoe dat het Europese algemene belang en daarmee ook de identiteit van een Europese *demos* primair economisch wordt ingekleurd. Voor zover noties als grondrechten en Unieburgerschap een katalyserende werking hebben, is dit dus inherent begrensd. Op deze redenering valt *prima facie* weinig af te dingen. Overziet men de rechtspraak van het Hof, dan valt op dat constitutionalisering inderdaad vaak hand in hand is gegaan met de bevordering van het uitgangspunt van de markt. Zelfs zodanig, zo is in de literatuur opgemerkt, dat het HvJ met de ontwikkeling van ogenschijnlijk radicale principes als directe werking en voorrang ‘was nevertheless operating conservatively’; ‘was attempting to *conserve* the EU in a way that would provoke least opposition at national constitutional court level’.¹⁸⁷ Anders gezegd: als al gesproken zou kunnen worden van een

¹⁸⁴ *Van Dale: Groot woordenboek der Nederlandse taal*, G. Geerts en C.A. Boon red. (Utrecht en Antwerpen: Van Dale Lexicografie 1999) 2209.

¹⁸⁵ Lindahl, ‘European Integration’, 243.

¹⁸⁶ Resp. artikel 4 lid 1 en artikel 3 lid 3 VEU.

¹⁸⁷ Andrew T. Williams, ‘Taking Values Seriously: Towards a Philosophy of EU Law’, 29 *Oxford Journal of Legal Studies* (2009) 549, 562.

HOOFDSTUK 7

Grundnorm in het Unierecht, dan is deze ‘fundamentally structured around the establishment of a common market’.¹⁸⁸ Bescherming van de integriteit en uniformiteit van de Unierechtsorde geschiedt met het oog op deze interne markt; niet zozeer met het oog op grote beginselen als rechtsstaat en democratie.

Dit vertoog sluit, zoals eerder uitvoerig is besproken, vrij naadloos aan op datgene wat het Hof zelf in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* over de onderbouwing van de these van autonomie zei. Toch, zo is hier de suggestie, moet het uiteindelijk worden verworpen. Het is waar dat de rechter uit Luxemburg er doorgaans voor beducht is om het door hemzelf aangetrokken proces van constitutionalisering niet buiten bepaalde perken te laten treden. In zaken waarin hij met een beroep op het leerstuk van autonomie nieuwe grenzen verkende, zoals Advies 1/91 en *Kadi*, was het hem voor een niet onbelangrijk deel te doen om de bestendiging van zijn eigen exclusieve bevoegdheid tot rechterlijke toetsing; iets dat hij nodig acht om de integriteit van de interne markt te kunnen waarborgen.¹⁸⁹ En in zaken waarin zijn toehoorders een glimp konden opvangen van wat het betekent om, buiten de radius van het vrije verkeer van personen, Unieburger te zijn, zoals *Eman en Sevinger*, *Rottmann* en *Ruiz Zambrano*, was hij voorzichtig om de bandbreedte waarbinnen op de rechten die hiermee verbonden zijn een beroep kan worden gedaan, beperkt te houden.¹⁹⁰ Deze kanttekeningen zeggen ongetwijfeld veel over wat men van het Hof mag verwachten als het aankomt op ‘polity building’; een taak die welbeschouwd natuurlijk ook niet primair is weggelegd voor een rechter.¹⁹¹ Zij gaan echter voorbij aan een lastiger te traceren constitutioneel effect dat beslissingen en doctrines kunnen hebben. Rechtspraak voltrekt zich niet in een institutioneel isolement. Als het Hof bepaalde leerstukken ontwikkelt, kan dat gevolgen hebben die misschien niet direct beoogd wor-

¹⁸⁸ Ibid., 571.

¹⁸⁹ Vgl. Van Rossem, ‘The Autonomy of EU Law’, 15-22.

¹⁹⁰ In Zaak C-300/04, *Eman en Sevinger* [2006] ECR I-08055, draaide het om de vraag of twee Nederlandse staatsburgers afkomstig en woonachtig op het Caribische eiland Aruba in aanmerking kwamen voor het kiesrecht voor het Europees Parlement. Nederlandse wetgeving sloot hen hiervan uit. Het Hof kraakte deze wetgeving. Maar niet op grond van het principiële argument dat *Eman en Sevinger*, vanwege het enkele feit van hun Nederlandse staatsburgerschap en daarmee ook hun Unieburgerschap, niet anders dan andere Unieburgers behandeld mochten worden. Wat voor het Hof de doorslag gaf en strijd met het Europese gelijkheidsbeginsel opleverde, was dat Nederlanders in het buitenland, anders dan Arubanen en Antillianen, wel gewoon voor het Europees Parlement mochten stemmen. Zie over deze zaak L.F.M. Besselink, ‘Case C-145/04, *Spain v. United Kingdom*, judgment of the Grand Chamber of 12 September 2006; Case C-300/04, *Eman and Sevinger*, judgment of the Grand Chamber of 12 September 2006; ECtHR (Third Section), 6 September 2007, Applications Nos. 17173/07 and 17180/07, *Oslin Benito Sevinger and Michiel Godfried Eman v. the Netherlands (Sevinger and Eman)*’, 45 *Common Market Law Review* (2008) 787. Zie over de andere twee genoemde zaken *infra*, § 8.2.2-8.2.3.

¹⁹¹ Christian Jatzlberger, ‘Legitimacy through Jurisprudence? The Impact of the European Court of Justice on the Legitimacy of the European Union’, EU Working Paper Law, Nr. 2003/12.

den. Ter illustratie: toen de Luxemburgse rechter begin jaren tachtig in de bekende zaak *Les Verts* voor de eerste maal de Verdragen als ‘constitutioneel handvest’ betitelde, was de onmiddellijke impact hiervan bescheiden. ‘Constitutioneel’ werd in *Les Verts*, zoals in hoofdstuk 5 reeds ter sprake kwam, vooral in eng rechtsstatelijke zin gebruikt.¹⁹² Door deze historisch en sociologisch beladen term in de mond te nemen, slechtte het Hof evenwel een belangrijke barrière. Nu het ‘C’-woord voor de eerste keer officieel was gevallen, was als het ware de weg vrij om in de ruimere context van het debat over de Unie ook meer politieke elementen aan de notie te verbinden.¹⁹³

Wat het voorbeeld van *Les Verts* beweerdelijk duidelijk maakt, is dat het best kan zijn dat het Hof – en dit geldt uiteraard ook voor de andere organen van de Unie – binnen bepaalde, aan het positieve Unierecht ontleende parameters opereert, maar dat dit niet *per se* afbreuk doet aan het potentieel van de ideeën die binnen deze parameters tot wasdom zijn gekomen. Constitutioneel handvest, grondrechten, Unieburgerschap – allemaal zijn het juridische categorieën die op de een of andere manier ontsproten zijn aan het ‘nieuwe rechtsorde’-discours dat een halve eeuw geleden door het Hof werd ingezet. De lokroep van dit discours zal, hoezeer het ook soms nog steeds is toegespitst op de beperkte principe van een interne markt, vermoedelijk niet snel verstommen. Wie de lijn van een ‘nieuwe rechtsorde’ consequent doortrekt, komt, vanwege de directe band tussen burgers en Unie waarop deze geënt is, uiteindelijk namelijk uit bij een volwassen rechtsstaat en democratie.¹⁹⁴

Een echo van dit ideaal vind je vandaag terug in artikel 2 VEU. Deze bepaling stelt dat de Unie berust op onder andere de waarden van vrijheid, democratie en rechtsstaat. Het is een artikel dat, wanneer men kijkt naar de toepasbaarheid ervan, treffend weergeeft hoezeer de EU momenteel schippert tussen belofte en werkelijkheid.¹⁹⁵ Enerzijds wekt artikel 2 VEU bij de burger een hoge verwachting; zeker omdat de redactie van de bepaling de indruk wekt dat de basis van de Unie een zelfstandig karakter heeft ten opzichte van de lidstaten.¹⁹⁶ Anderzijds is helder dat zij maar beperkte rechtsgevolgen heeft. De waarden die in de bepaling genoemd worden, hebben geen rechtstreekse werking, en spelen, als inspanningsverplichting, vooral een rol in de relatie van de Unie met de buitenwereld.¹⁹⁷ Als *intern* structurerings-element daarentegen bezit artikel 2 VEU

¹⁹² *Supra*, § 5.2.

¹⁹³ Zie Neil Walker, ‘Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ’, in: Maduro en Azoulai, *The Past and Future of EU Law*, 333, 336-342.

¹⁹⁴ Vgl. Pierre Pescatore, ‘The Doctrine of ‘Direct Effect’: An Infant Disease of Community Law’, 8 *European Law Review* (1983) 155, 158.

¹⁹⁵ Vgl. Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 175-181.

¹⁹⁶ *Ibid.*, 181.

¹⁹⁷ Zie resp. artikel 3 lid 5 VEU, dat de Unie opdraagt in haar betrekkingen met de rest van de wereld de in artikel 2 VEU genoemde waarden te handhaven; en artikel 49 VEU, dat, zoals eerder al werd besproken, eerbiediging van deze waarden als voorwaarde voor toetreding tot de Unie stelt.

HOOFDSTUK 7

weinig vuurkracht; zowel wat betreft de eigen inrichting van de Unie als met betrekking tot het constitutionele doen en laten van de lidstaten. Gezien de sterke normatieve lading van de bepaling, weerhoudt dit er commentatoren echter niet van om naar ruimte te zoeken als er zich onverkwikkelijke incidenten voordoen, zoals recentelijk in Hongarije en Roemenië het geval was.¹⁹⁸ Aldus blijft de opwaartse druk die van het ‘nieuwe rechtsorde’-discours uitgaat in stand.

7.7 Conclusie

‘Als Sparta en Rome ten onder zijn gegaan, welke staat kan dan de hoop koesteren altijd te blijven bestaan? Als we vorm willen geven aan een duurzaam bestel, laten we er dan niet over mijmeren het eeuwig te maken.’ Met deze woorden, opgetekend halverwege Boek III van ‘Du contrat social’, houdt Rousseau zijn lezers voor dat elke staat uiteindelijk gedoemd is ten onder te gaan.¹⁹⁹ Constitutionalisme, zo is hij overtuigd, is mensenwerk, en men moet ‘zich niet inbeelden aan mensenwerk een hechtheid te geven die menselijke zaken niet eigen is’.²⁰⁰ Het enige dat mensen in de tussentijd kunnen doen, is om de constituties die zij in het leven roepen zo solide mogelijk te maken, zodat deze in momenten van crisis niet te gemakkelijk meegeven.

Met de constitutionele ordes die, mede onder invloed van het gedachtegoed van Rousseau, in de loop van de negentiende eeuw huisvesting zijn gaan bieden aan de Europese natiestaten is het precies eender. Deze ordes zijn, ook na zestig jaar van Europese integratie, nog altijd redelijk bestendig. Tegelijkertijd lijkt evident dat zij niet het eeuwige leven hebben. Door genoemd proces van integratie, ingezet om de excessen van nationalisme tegen te gaan, zijn er krachten losgekomen die de natiestaat, in ieder geval zoals die oorspronkelijk werd gepercipieerd, aan de randen opeten. Sinds jaar en dag voelen rechtswetenschappers zich uitgedaagd om te benoemen wat de betekenis hiervan is. In dit hoofdstuk is uitgewerkt wat in eerdere hoofdstukken al was voorbereid: te weten, dat ter verklaring van dit fenomeen niet zonder meer kan worden teruggegrepen op het klassieke paradigma staat-internationale organisatie. De Unie is een constitutioneel organisme, met een eigen claim op soevereiniteit, en om die reden behalve een verlengstuk ook een potentiële rivaal van de natiestaten die aan de wieg van haar geboorte stonden.

Tussen staat en internationale organisatie, zo blijkt uit de literatuur, ligt een hele wereld open. In het bijzonder hardnekkig is het axioma dat het verband van Unie en lidstaten een pluralistische grondslag heeft. Deze grondstelling, die als

¹⁹⁸ Zie Von Bogdandy e a., ‘Reverse Solange’.

¹⁹⁹ Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag*, 131.

²⁰⁰ Ibid.

wezenskenmerk heeft dat de Europese rechtsorde niet op een hiërarchische manier is gestructureerd, botst echter met de notie van soevereiniteit. Een soeverein, in een democratie de *demos*, heeft in beginsel vanwege de in hoofdstuk twee uitgelegde reflexieve natuur van de notie in het recht een aangrijpingspunt nodig. Is dat er niet, dan kan hij conceptueel gezien niet bestaan, en is er dus geen ruimte om het met soevereiniteit verbonden zelfbeschikkingsrecht te ont-plooien. Wil een pluralistische theorie overtuigen, dan zal zij hier rekening mee moeten houden. Hierboven werd betoogd dat het populaire discours van multi-level constitutionalisme dat niet doet, met als gevolg dat dit narratief geen geloofwaardig alternatief voor het in het nauw gedreven binaire schema staat-internationale organisatie vormt.

Nog niet aan bod gekomen, zijn de al wel eerder beschreven vertogen normatief en politiek pluralisme. Daarover zal meer gezegd worden in het volgende hoofdstuk. Aan het einde van dit hoofdstuk is al wel de uitdaging geformuleerd waarvoor deze varianten van constitutioneel pluralisme staan. De meest prangende vraag is of normatief en politiek pluralisme zich afdoende teweer kunnen stellen tegen de potentialiteit van crisis die in ieder soevereiniteitsbegrip besloten ligt en, in het verlengde daarvan, tegen de mogelijkheid dat de belofte van zelfbeschikking tot het uiterste wordt doorgevoerd. Is, met andere woorden, de beweerdelijk pluralistische natuur van de Europese rechtsorde een wezenlijk kenmerk hiervan, of moet zij gezien worden als bijproduct van een, om bij Rousseau te blijven, natuurlijke strijd op leven en dood tussen twee staatslichamen?

Hoofdstuk 8

Grenzen aan pluralisme

8.1 Inleiding

Nu multilevel constitutionalisme als alternatief voor een klassiek soevereiniteitsvertoog ten aanzien van de Unie is afgefallen, blijven nog twee pluralistische stromingen over: normatief en politiek pluralisme. Meer dan multilevel constitutionalisme benadrukken deze stromingen het zelf-referentiële karakter van enerzijds het Unierecht en anderzijds het nationale recht. Dit uitgangspunt werd in het vorige hoofdstuk onderschreven. Of zulke overeenstemming ook kan worden bereikt ten aanzien van de kwestie van constitutionele ‘finalité’, ligt minder voor de hand. Zeker als het op een normatieve manier wordt benaderd, is de premisse waarop pluralisme is gefundeerd dat het potentieel explosieve feit van conflicterende inzichten over de bron van Europese regels met succes kan worden geneutraliseerd.¹ Het einddoel van de Unie bestaat er zo gezien als het ware uit dat de ambivalentie in de Unierechtsorde over de oorsprongsvraag behouden blijft. Hierboven werd daarentegen gesteld dat het integratieproces wordt voortgedreven door een dynamiek die erop is gericht dat op een bepaald moment in de tijd ondubbelzinnig duidelijk wordt wat de bron van recht in de Europese rechtsorde is.

In dit hoofdstuk zal verder worden onderzocht in hoeverre de premisse van geïnstitutionaliseerde constitutionele schemering, zoals men in veel pluralistische theorieën aantreft, te handhaven valt. Ter beantwoording van deze vraag zal een aantal zaken worden aangeroerd. Een belangrijk gesprekspunt is de ratio achter de neutralisering van soevereiniteit in zulke theorieën: namelijk de idee dat hierdoor, materieel gezien, een democratisch surplus ontstaat ten opzichte van de situatie waarin een politieke gemeenschap louter en alleen behuizing heeft in de hiërarchisch geordende natiestaat. In dit verband zal in het bijzonder worden teruggegrepen op de denkbelden van de Portugese jurist Miguel Poia-

¹ W.T. Eijsbouts en Monica Claes, ‘Editorial: From Confederacy to Convoy: Thoughts about the Finality of the Union and its Member States’, 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 1, 4. (‘There was a time when the Union’s typical ambivalence between its international and its domestic public law status might be thought to be solved some day by its ultimate submission to either one of the two familiar regimes. The Union could revert to the status of an organisation plainly under international law, or it could turn into a state. (...) That time is past. Both revolutionary scenarios are now unrealistic. The in-between situation is quite stable.’)

HOOFSTUK 8

res Maduro. In een analyse over het Unieburgerschap, beargumenteerde Maduro enkele jaren geleden als Advocaat-Generaal dat het mogelijk is een dergelijk surplus te verwezenlijken zonder afbreuk te doen aan het met soevereiniteit en zelfbeschikking verbonden imperatief van politieke eenheid, de valkuil van de theorie van multilevel constitutionalisme en het Tsjechische Constitutionele Hof. Met deze argumentatie wordt hieronder een heel eind meegegaan. Uiteindelijk wordt zij echter niet volledig omarmd. Maduro's visie op de aard van de Europese rechtsorde rust op de veronderstelling dat de hierin aanwezige, concurrerende soevereiniteitsclaims bij elkaar worden gehouden door een deze claims overstijgend normatief weefsel. En een zodanige veronderstelling, zo zal worden betoogd, is onhoudbaar, omdat zij een eenzijdig primaat van het recht boven de politiek postuleert.

Teneinde toch vast te houden aan het uitgangspunt van heterarchie, resteert vervolgens alleen nog de stroming van politiek pluralisme. Ook tegen deze variant zullen in dit hoofdstuk de nodige argumenten in stelling worden gebracht. Althans, voor zover politiek pluralisme, zoals bij rechtswetenschappers als MacCormick en Barents het geval is, genoemde heterarchie probeert te bewerkstelligen door soevereiniteit uit het recht weg te denken. MacCormick en Barents gaan hiertoe over omdat zij van mening zijn dat de aanvaarding van de mogelijkheid van concurrerende aanspraken op normatief gezag impliceert dat er tussen recht en grondgebied geen exclusieve relatie meer bestaat. Dit zou haaks staan op de met soevereiniteit verbonden Westfaalse doctrine, met als gevolg dat voor soevereiniteit geen plaats meer is binnen de EU. Hieronder zal worden betoogd dat dit een verkeerde voorstelling van zaken is. Politieke pluralistische theorieën zoals die van MacCormick en Barents veronderstellen ten onrechte dat de aanwezigheid van rivaliserende gezagsaanspraken leidt tot een situatie waarin op een en hetzelfde moment twee verschillende rechtsordes op een bepaald grondgebied van toepassing zijn. Waar het bij rivaliserende gezagsaanspraken om draait, is om verschillende versies van de 'waarheid', die ieder een eigen universum kennen. Binnen deze universums is de band tussen degene die constitueert en datgene dat wordt geconstitueerd in existentieel opzicht onverminderd exclusief.

8.2 Heterarchie als normatief ideaal

8.2.1 *Individuele zelfbeschikking versus collectieve zelfbeschikking*

Een centraal uitgangspunt van pluralistische theorieën is dat de Europese rechtsorde heterarchisch gestructureerd is. Zeker binnen *normatieve* pluralistische vertogen ligt de sleutel tot een goed begrip van deze nevengeschikte aard in het samenstel van principes en uitgangspunten (rechtsstaat, grondrechten, democra-

tie) dat in brede zin waarborgt dat overheidshandelen geschiedt met instemming van degenen die hierdoor geraakt worden en daarmee ook de vrijheid van deze groep dient. Meer specifiek stellen zulke vertogen, feitelijk net als de theorie van multilevel constitutionalisme ook doet, dat mensen er uiteindelijk bij gebaat zijn dat binnen de EU op een vrij radicale en tevens wezenlijk betwiste manier overheidsmacht wordt gespreid over verschillende niveaus.² De legitimerende werking – en daarmee ook grondslag – van pluralisme ligt, met andere woorden, in de diagnose dat een heterarchisch gestructureerd constitutioneel verband beter dan de hiërarchische staat in staat is de belangen van de bevolking te dienen. Als zodanig slaan normatieve pluralistische vertogen twee vliegen in één klap. Men start vanaf de gedachte dat er een verklaring moet worden gevonden voor de tweeslachtige ‘werkelijkheid’ van de Europese constitutionele ruimte. In de zoektocht naar een oplossing hiervoor, wordt vervolgens uitgekomen bij iets wat model zou kunnen staan voor de lotsbestemming van het geheel van Unie en lidstaten. Van de nood wordt dus als het ware een deugd gemaakt. Of zoals Weiler, één van de vroege vaders van het pluralistisch gedachtegoed, ten tijde van het debat over de Europese Grondwet stelde:

‘To judge by the renewed popularity of the idea of a Constitution for Europe one might get the impression that right now Europe is in some kind of constitutional desert. (...) If a formal constitution is to be the European Promised Land, I think I will join Moses and stick to the desert.’³

Over de diagnose dat rechtsstaat, grondrechten en democratie aan betekenis winnen in een constitutioneel verband dat heterarchisch geordend is, bestaat consensus in pluralistische kringen. Een lastiger te benoemen punt is hoe het recht op zelfbeschikking, de algemene deler van deze principes, precies moet worden begrepen. Dit recht heeft conceptueel gezien twee gezichten. Sinds de Amerikaanse en Franse Revoluties is min of meer onomstreden dat de basis ervan *individueel* van aard is; ook waar het gaat om het element democratie.⁴ Wil het recht voor scheppende doeleinden worden ingezet, dan is echter tegelijkertijd evident dat ook de *collectieve* component van zelfbeschikking veel gewicht draagt. Hoewel individuele en collectieve zelfbeschikking twee kanten van dezelfde medaille zijn, legt dit een spanningsveld bloot, dat voor de invulling van pluralistische theorieën grote consequenties kan hebben. Neem het volgende snijdende commentaar op het *Lissabon*-Urteil van Bieber:

‘If the Court had taken seriously its isolated reference to individual self-determination as the true foundation of democracy, it would have drawn con-

² Radicaal in de zin dat de spreiding van overheidsmacht (pluralisme) niet, zoals in beginsel in staten het geval is, terug te voeren is op een duidelijke en eenheid bewerkstellende constitutionele norm.

³ Weiler, ‘In defence of the status quo’, 7.

⁴ Vgl. Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag*, Deel I, hfdst. 6.

HOOFSTUK 8

clusions not only for the admissibility of constitutional complaints on grounds of a violation of voting rights due to a diminishing of powers of the Bundestag. It would also have admitted that individual self-determination requires the possibilities of making use of individual rights which are guaranteed by the EU Treaty and of giving voice to multiple belongings.’⁵

En:

‘Optimal self-determination of the individual – and hence democratic governance – is not possible with any kind of institutional closure, inherent in the notion of sovereignty. Self-determination is misunderstood and misused, when combined with a claim of exclusivity restricted to the nation-state. Hence, division of power beyond the border of a state is a guarantee for self-determination.’⁶

Bieber vindt er geen doekjes om dat hij weinig op heeft met de door het Duitse Hof centraal gestelde figuur van een *pouvoir constituant*. Democratie, grondrechten, rechtsstaat – zij moeten volgens Bieber allemaal worden gezien in het licht van de zelfontplooiing van het individu.⁷ ‘(C)reating ‘once and for all’ a hierarchy’ in het pluralistische systeem van de Unie en de lidstaten zou deze ratio bedelven en ‘much of its unique additional value as compared with closed systems of nation states’ vernietigen.⁸

Het behoeft inmiddels nauwelijks betoog meer dat Biebers kijk op de zaak veel te eenzijdig is. Het *Bundesverfassungsgericht* mag wellicht de Europese dimensie van democratie soms wat ongenueanceerd tegemoet treden, de (impliciete) argumentatie dat individuele zelfbeschikking geen betekenis heeft zonder collectieve zelfbeschikking snijdt wel degelijk hout. Constitutioneel leven is afhankelijk van ‘a unity of will capable of action and decision’.⁹ Wil het Verlichtingsideaal van individuele vrijheid verwezenlijkt worden, dan is het essentieel dat dit wordt gekoppeld aan het algemene belang van een politieke gemeenschap. Dit gegeven veronderstelt op zijn beurt weer een zekere mate van normenhierarchie. Rechtsfilosofisch gezien kan een politieke gemeenschap immers niet bestaan zonder een toerekeningspunt in het recht. Om levensvatbaar te zijn, moet een normatief pluralistische theorie zich hier rekenschap van geven. Gebeurt dit niet – en in de constitutionele literatuur over de aard van de Unie is dat

⁵ Roland Bieber, ‘An Association of Sovereign States’, 399.

⁶ Ibid., 400.

⁷ Zie in deze zin ook Halberstam, ‘The bride of Messina’, 777. (‘(I)ndividual actors have drawn on principled commitments and principled conceptions of the democratic nature of the European enterprise. In particular, this appeal to principle has entailed an understanding of the Union as liberating the individual (and het communities of interest) from the comfortable monopoly of Member State processes of political decision-making.’)

⁸ Bieber, ‘An Association of Sovereign States’, 403.

⁹ Heller, ‘The Essence and Structure of the State’, 277.

relatief vaak het geval – dan bouwt men aan een integratievertoog dat in zowel conceptueel als meer praktisch opzicht op drijfzand berust.¹⁰

Iemand die wel scherp ziet dat constitutioneel pluralisme niet voorbij kan gaan aan het imperatief van politieke eenheid, dat wil zeggen collectiviteit, is Miguel Maduro. Vertrekpunt bij hem is, zoals eerder naar voren is gebracht, dat de EU wordt geconfronteerd met de constitutionele realiteit van ‘competing sovereignties’. Kern van pluralisme zou daarom moeten zijn ‘the foundation of European integration in different *political communities* and the democratic added value arising from that’.¹¹ Blijkens een eerder al aangehaalde overweging van zijn hand in *Rottmann*, één van de meest treffend gearticuleerde beschouwingen die in het discours over pluralisme is verschenen, verwacht Maduro in dit verband veel van de notie van Europees burgerschap.¹² Dit burgerschap, aldus Maduro, ‘veronderstelt het bestaan van een band van politieke aard tussen de Europese burgers’.¹³ Weliswaar is dit volgens de voormalige Advocaat-Generaal ‘geen band die bestaat uit het behoren tot een volk’, evengoed berust hij ‘op het bestaan van een Europese politieke ruimte’; één die doordat ‘het burgerschap niet het bestaan van een volk impliceert’, begripsmatig losstaat van nationaliteit. ‘Dit’, zo besluit Maduro,

‘is het mirakel van het burgerschap van de Unie: het versterkt de banden die ons verbinden met onze staten (daar wij Europese burgers zijn juist doordat wij burgers zijn van onze staten) en tegelijkertijd maakt het ons vrij (daar wij nu burgers zijn buiten onze staten om). Het Europees burgerschap wordt bereikt via de nationaliteit van een lidstaat, die wordt geregeld door het nationale recht, maar, zoals elke vorm van burgerschap, is het de basis van een nieuwe politieke ruimte, waaruit rechten en verplichtingen ontstaan die door het gemeenschapsrecht worden bepaald en niet afhankelijk zijn van de staat.’

Strikt gedacht doet Maduro zijn eigen redenering geweld aan door te benadrukken dat de ‘politieke band’ die Europese burgers en volken verenigt, geen band is die bestaat uit het behoren tot een volk. Dit is, zoals in het vorige hoofdstuk werd besproken, alleen maar waar als de notie ‘volk’ wordt opgevat in de niet direct juridische zin van culturele of anderszins organische eenheid.¹⁴ Constitutioneel gezien bestaat hier echter geen enkele noodzaak toe; al was het alleen maar omdat wat constitutief is voor een volk/natie/*demos* en, in het verlengde

¹⁰ Zie hierover § 7.3.1 en, meer in algemene zin, § 2.6.

¹¹ Maduro, ‘Contrapunctual Law’, 523 (Cursivering van mij, JWvR). Zie eerder al *supra*, § 5.8.2. Vgl. verder van dezelfde auteur: ‘Sovereignty in Europe: The European Court of Justice and the Creation of a European Political Community’, in: Mary L. Volcansek en John F. Stack, Jr. (red.), *Courts Crossing Borders: Blurring the Lines of Sovereignty* (Durham, North Carolina: Carolina Academic Press 2005) 43-61.

¹² *Supra*, § 7.3.3.

¹³ *Rottmann*, r.o. 23.

¹⁴ *Supra*, § 7.5.2. Zie ook Senden en Van den Brink, ‘De Europese Unie en nationale soevereiniteit’, 366-367.

HOOFSTUK 8

daarvan, hoe exclusief of inclusief een dergelijk concept is, per land zeer verschillend is.¹⁵ Als Maduro werkelijk meent dat parallel aan het Unieburgerschap een onafhankelijke Europese politieke gemeenschap is ontstaan – en bovenstaande woorden geven aanleiding om te denken dat dit zo is – dan moet de conclusie dus zijn dat er wel degelijk sprake van een Europees volk is. Hier staat tegenover dat de Europese Verdragen het concept Europees volk nadrukkelijk uit de weg gaan. Het Unieverdrag spreekt op meerdere plekken juist over de ‘volkeren’ van Europa.¹⁶ Voor de status van Europese integratie is dit uiteraard een betekenisvol stuk informatie. Zij leidt echter af waar, zoals door Maduro gedaan wordt, voorop wordt gesteld dat de Unie ‘een nieuwe politieke ruimte’ vormt.

Aangenomen dat Maduro inderdaad van mening is dat je kunt spreken over een onafhankelijke Europese politieke gemeenschap, dan is het meest intrigerende onderdeel van zijn betoog dat hij stelt dat het burgerschap van de Unie simultaan de banden met onze staten versterkt *en* ons hiervan ‘vrij’ maakt. Zou dit kloppen, dan lijkt de hyperbool ‘mirakel’ niet vergezocht, en wordt er een opening geboden om te zien hoe pluralisme normatief vorm kan krijgen. Wat Maduro met deze typering namelijk suggereert, is dat collectieve identiteit op twee verschillende, deels onafhankelijk van elkaar constitutionele niveaus gestalte kan krijgen, zonder dat dit in normatieve zin leidt tot een cesuur tussen beide niveaus. Op het eerste gezicht geeft zowel het positieve recht van de Unie als de rechtspraak van het HvJ Maduro gelijk. In het positieve recht van de Unie is allereerst geregeld dat het burgerschap van de Unie onlosmakelijk is verbonden met ‘onze staten’. Nationaliteit van een lidstaat is een noodzakelijke voorwaarde voor de verkrijging van de status van Unieburger.¹⁷ In de literatuur klinkt regelmatig kritiek door op deze regeling; vooral vanwege de uitsluitende effecten die zij sorteert ten opzichte van derdelanders die rechtmatig op het grondgebied van de Unie verblijven of zich in een lidstaat willen vestigen.¹⁸ Een

¹⁵ Zie Böckenförde, *Staat, Nation, Europa*, 34-58, die, op grond van een historische analyse, wijst op het feit dat natieconcepten per natie verschillen. Vgl. verder Reestman, ‘The Franco-German Constitutional Divide’, 375-384.

¹⁶ E.g. art. 1 en art. 3 VEU. Maar zie het eerder, in § 7.5.3, genoemde potentieel van het burgerinitiatief ex art. 11 VEU. De manier waarop deze procedure is ingericht, dwingt op een bepaalde manier om de barrière van het meervoud te doorbreken.

¹⁷ Artikel 9 VEU. Maar zie Zaak C-145/04, *Spanje v Verenigd Koninkrijk* [2006] ECR I-07917, waarin het HvJ het besluit van het Verenigd Koninkrijk sauveerde om kiesrecht voor het EP toe te kennen aan inwoners van Gibraltar; onderdanen van het Britse Commonwealth, maar niet in het bezit van de Britse nationaliteit. Zie in dit verband ook de *Matthews*-uitspraak van het EHRM uit 1999 (*Matthews v United Kingdom*, 28 EHRR 361).

¹⁸ Zie e.g. L.F.M. Besselink, ‘Editorial: Dynamics of European and National Citizenship: Inclusive or Exclusive?’, 3 *European Constitutional Law Review* (2007) 1; Dora Kostakopoulou, ‘European Union Citizenship: Writing the Future’, 13 *European Law Journal* (2007) 623; Besson en Utzinger, ‘Toward European Citizenship’, 185; Dimitry Kochenov, ‘Ius Tractum of Many Faces: European Citizenship and the Difficult Relationship between Status and Rights’, 15 *Columbia Journal of European law* (2009) 169.

bepaalde mate van uitsluiting lijkt evenwel inherent aan de notie burgerschap. Een kosmopolitisch burgerschap, zoals door sommige schrijvers wordt voorgesteld, is een oxymoron.¹⁹

De rechtspraak van het HvJ lijkt in de tweede plaats het beeld te onderschrijven dat het Unieburgerschap tegelijkertijd als autonome basis van een ‘nieuwe politieke ruimte’ fungeert. Zoals al meerdere malen naar voren is gekomen, heeft het Unieburgerschap al lang niet meer louter een symbolische functie. Eerder is echter ook al gesignaleerd dat diens vermogen om ‘ons vrij te maken’, gevaren met zich brengt. ‘European integration’, zo stelde Davies terecht in zijn oratie aan de Vrije Universiteit, is ook ‘a process of loss’.²⁰ Op zijn minst dwingt ‘vrijmaking’ mensen hun al bestaande, vertrouwde banden met hun natiestaten te herzien. De stelling van Maduro dat desondanks kan worden volgehouden dat het Unieburgerschap ‘de banden die ons verbinden met onze staten’ versterkt, vergt daarom een complexe gedachte-exercitie. Teneinde deze gedachte-exercitie te kunnen uitvoeren, zal hieronder eerst wat nader worden ingegaan op de jurisprudentie van het HvJ ten aanzien van het dossier burgerschap. Daarna zal worden gezien in hoeverre het Unieburgerschap, zoals Maduro stelt, inderdaad voor een mirakel heeft gezorgd.

8.2.2 *Burgerschapsjurisprudentie in kort bestek*

Kijkt men naar de rechtspraak van het Hof over het Unieburgerschap, dan springen twee, al vaker genoemde arresten in het oog. Wat betreft de concrete mogelijkheid van ontkoppeling van nationaliteit en Unieburgerschap, kan *Rottmann*, de casus die Maduro als Advocaat-Generaal tot bovenstaande bespiegelingen verleide, als voorbeeld dienen. Centrale vraag in *Rottmann* was of het Unierecht eraan in de weg stond dat een lidstaat – in het onderhavige geval Duitsland – op grond van het eigen nationaliteitsrecht een onderdaan het nationale burgerschap en daarmee ook het Unieburgerschap ontnam. Hoewel het HvJ, evenals A-G Maduro, *in casu* geen belemmeringen zag voor intrekking van het staatsburgerschap – de betreffende inwoner had bij zijn naturalisatieaanvraag verzwegen dat hij in zijn lidstaat van herkomst, Oostenrijk, vervolgd werd voor een strafbaar feit – oordeelde het dat dat een situatie ‘die kan leiden tot het verlies van de bij artikel 17 EG (thans artikel 20 VWEU, JWvR) verleende hoedanigheid en de daaraan verbonden rechten, *wegens de aard en de gevolgen ervan*

¹⁹ Zie Ulrich K. Preuß, ‘Problems of a Concept of European Citizenship’, 3 *European Law Journal* (1995) 267, 269. (‘Citizenship means membership of in a *particular* community which is delimited both to the pluriversum of other communities and to humankind altogether. Hence, it makes no sense to speak of ‘citizenship of mankind’.’)

²⁰ Gareth Davies, *A time to mourn: How I learned to stop worrying and quite like the European Union*, Oratie Amsterdam VU, uitgesproken op 26 juni 2008.

HOOFSTUK 8

onder het Unierecht valt'.²¹ Niettegenstaande het feit dat het Unieburgerschap in het Verdrag als afgeleide van het nationale burgerschap wordt neergezet, maakte het Hof in *Rottmann* aldus duidelijk dat de discretionaire ruimte waarover lidstaten beschikken bij de vaststelling wie hun nationaliteit bezitten, door het Unierecht beperkt wordt.²²

De lijn die door het Hof in *Rottmann* werd ingezet, kreeg korte tijd later een vervolg in *Ruiz Zambrano*. In deze zaak speelde de vraag of de Belgische overheid een verblijfsrecht mocht onthouden aan ouders met een nationaliteit van een derde land die echter kinderen hadden die, vanwege hun geboorte in België, de status van Unieburger bezaten. Aangezien de kinderen zich niet binnen de Unie verplaatst hadden, was het, op grond van eerdere rechtspraak, goed mogelijk om te veronderstellen dat dit inderdaad het geval was. Vanwege het ontbreken van een dergelijke grensoverschrijdende verplaatsing, betrof het hier op het oog namelijk een 'zuiver interne situatie', iets dat normaal gesproken buiten de reikwijdte van het Unierecht valt.²³ Het Hof oordeelde echter anders. Volgens de Luxemburgse rechter 'verzet artikel 20 VWEU zich tegen nationale maatregelen die tot gevolg hebben dat burgers van de Unie het *effectieve genot wordt onzegd van de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten*'.²⁴ En dit zou het geval zijn indien het echtpaar Ruiz Zambrano was gedwongen om uit België te vertrekken. Naar de mening van het HvJ kon men er genoegzaam van uitgaan dat hun kinderen, burgers van de Unie, ook zouden worden verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten om hun ouders te volgen.²⁵ Conclusie: zelfs als een nationale maatregel niet formeel het verlies van het Unieburgerschap oplevert, heeft artikel 20 VWEU een kern die, los van het principe van vrij verkeer, als autonome bron van rechten voor een rechter kan worden ingeroepen.²⁶

Rottmann en *Ruiz Zambrano* zijn niet uit de lucht komen vallen. Zo had het Hof reeds voordat het Unieburgerschap officieel werd ingesteld verklaard dat het in beginsel exclusieve recht van de lidstaten om de nationaliteit van iemand vast te stellen 'met inachtneming van het gemeenschapsrecht' diende te worden

²¹ *Rottmann*, r.o. 42. (Cursivering van mij, JWvR).

²² Zie in dezelfde zin: H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Ontkoppeling van nationaliteit en Unieburgerschap?', *NJB* (2010) 1028.

²³ Zie over het begrip 'interne situatie': Peter van Elsuwege, 'Court of Justice of the European Union European Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited. Decision of 5 May 2011, Case C-434/09 *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*', 7 *European Constitutional Law Review* (2011) 308.

²⁴ *Ruiz Zambrano*, r.o. 42. (Cursivering van mij, JWvR).

²⁵ *Ibid.*, r.o. 44.

²⁶ Vgl. H. van Eijken en S.A. de Vries, 'A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after *Ruiz Zambrano*', 36 *European Law Review* (2011) 704; Niamh Nic Shuibhne, '(Some of) The Kids Are All Right: Comment on McCarthy and Derici', 49 *Common Market Law Review* (2012) 349, 364-365.

uitgeoefend.²⁷ Een belangrijke gebeurtenis was verder dat het vanaf eind jaren negentig de koppeling tussen het recht om in een andere lidstaat te verblijven en het verrichten van een economische activiteit begon los te laten.²⁸ Door deze loskoppeling, die er uiteindelijk in resulteerde dat aan (thans) artikel 21 lid 1 VWEU directe werking werd toegekend, gaf het HvJ voor de eerste maal echt inhoudelijk vorm aan de notie Unieburger; dat wil zeggen, onderscheidde het deze notie voor de eerste keer duidelijk van reeds vertrouwde categorieën als werkers en dienstverleners.²⁹ In weer een andere lijn van burgerschapszaken, tot slot, is door het Hof in de afgelopen jaren ook de aanvullende voorwaarde van grensoverschrijding reeds vergaand uitgehold.³⁰ De bescherming die de ‘zuiver

²⁷ Zaak C-369/90, *Micheletti* [1992] ECR I-04239.

²⁸ Aan het begin van de jaren negentig had de Europese wetgever al enkele maatregelen aangenomen die de bijl zetten aan dit criterium. Deze maatregelen waren onder meer gericht op studenten (PB L 317/59, Richtlijn 93/96 van 29 oktober 1993) en gepensioneerden (PB L 180/28, Richtlijn 90/365 van 28 juni 1990).

²⁹ Zaak C-85/96, *Martínez Sala* [1998] ECR I-2691; Zaak C-413/99, *Baumbast* [2002] ECR I-7091. Voor de volledigheid is het hier van belang om op te merken dat in *Martínez Sala* en *Baumbast* twee verschillende routes door het Hof werden bewandeld. *Baumbast*, een zaak die draaide om de vraag of de Britse overheid een verblijfsvergunning mocht weigeren aan een Duitse staatsburger die jarenlang in Groot-Brittannië had gewerkt, werd beslist op grond van artikel 18 EG (nu artikel 21 VWEU), de bepaling die nader invult welke rechten aan het Unieburgerschap verbonden zijn. Door de lidstaten werd betoogd dat het Europese recht de genoemde weigering niet verhinderde, aangezien de betreffende bepaling duidelijk stelt dat de daarin vermelde rechten ‘onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij de Verdragen en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld’, en *Baumbast* geen aanspraak kon maken op secundaire regelgeving. Het Hof ging hier niet in mee, en stelde dat artikel 18 EG directe werking heeft. Gevolg hiervan was dat secundaire Unieregelgeving en nationale regelgeving die het recht van Unieburgers conditioneren om naar andere lidstaten te reizen en daar te verblijven vanaf nu inhoudelijk konden worden getoetst. In *Martínez Sala* werd, anders dan in *Baumbast*, de rechtmatigheid van het verblijf van de verzoekster in een andere lidstaat dan haar geboorteland op zich niet bestreden. In plaats daarvan stond de vraag centraal of zij aanspraak mocht maken op een bepaalde uitkering; een vraag die het Hof bevestigend beantwoordde door te stellen dat de nationale maatregel die verordende dat dit niet het geval was, discrimineerde op grond van nationaliteit (artikel 12 EG; thans artikel 18 VWEU). Dit verbod op discriminatie kon door *Martínez Sala* worden ingeroepen omdat zij volgens het HvJ door het enkele feit van haar rechtmatige verblijf in een andere lidstaat binnen het bereik van het, in vergelijking met artikel 18 EG, meer algemene artikel 17 EG (thans artikel 20 VWEU) viel. Zie over de verhouding tussen (nu) artikel 20 en 21 VWEU e.g. Christiaan Timmermans, ‘*Martínez Sala* and *Baumbast* revisited’, in: Maduro en Azoulai, *The Past and Future of EU Law*, 345-355. Timmermans lijkt de artikel 20 VWEU/*Martínez Sala*-route vooral als vangnet te beschouwen voor het geval een direct beroep op artikel 21 VWEU geen soelaas biedt. Vgl. voor een wat andere lezing, één die beweerdelijk beter het potentieel van artikel 20 VWEU onderkent: Eleanor Spaventa, ‘Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects’, 45 *Common Market Law Review* (2008) 13.

³⁰ Zaak C-148/02, *Garcia Avello* [2003] ECR I-11613; Zaak C-200/02, *Zhu en Chen* [2004] ECR I-9925; Zaak C-403/03, *Egon Schempp* [2005] ECR I-06421. Vgl. buiten de directe context van het burgerschap ook Zaak C-60/00, *Carpenter* [2002] ECR I-6279.

HOOFSTUK 8

interne situatie' aan de lidstaten bood, was dus voor *Rottmann* en *Ruiz Zambrano* al sterk gerelativeerd. Toch lijkt met deze arresten in conceptueel opzicht een Rubicon te zijn overgestoken. Vooral de premisse dat verplaatsing naar een andere lidstaat niet nodig zou zijn om een beroep op aan het burgerschap verbonden rechten te kunnen doen – naast artikel 21 VWEU dus ook artikel 20 VWEU direct werkt – heeft potentieel grote consequenties. Hierdoor komt het voor dat de notie zich niet louter meer alleen laat kwalificeren als *transnationaal*, zoals in *Rottmann* door Maduro wordt beweerd, maar ook een 'domestic dimension' heeft, in de zin dat Unieburgers vanaf nu op basis van dit burgerschap ook tegen onwelgevallige regelgeving van hun eigen lidstaten worden beschermd.³¹ Zou deze premisse kloppen, dan suggereert dit dat de in *Grzelczyk* gedane voorspelling dat het Unieburgerschap is voorbestemd om 'de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten' te zijn inmiddels echt deels is uitgekomen, in ieder geval in juridische zin. Om een regelmatig aangehaalde uitspraak van Advocaat-Generaal Jacobs te parafraseren: als hun het 'effectieve genot wordt ontzegd' van hun burgerschapsrechten, kunnen burgers van de Unie nu los van geografische en daarmee ook vaak economische beperkingen met succes de toverformule 'Civis europeus sum' uitspreken.³²

Door de verschraling van het begrip 'puur interne situatie' begint een opvallende paradox in het Unierecht tekenen van verval te vertonen. Tot *Ruiz Zambrano* honoreerde het Hof beroepen op de bescherming van het Unieburgerschap vaak met een verwijzing naar het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit, in het Werkingsverdrag neergelegd in artikel 18. Dit, zo is wel opgemerkt, vormde op zichzelf al een betekenisvolle stap in de richting van een Europese politieke gemeenschap. Door het Unieburgerschap niet zozeer te benaderen vanuit de invalshoek van individuele vrijheid, als wel vanuit de invalshoek van gelijkheid, zou het Hof namelijk doelbewust werken aan een narratief waarin Europese burgers deel zijn van een groter geheel – waarin nationaliteit van de lidstaten niet meer richtinggevend is.³³ Met de mogelijkheid van 'omgekeerde discriminatie', de keerzijde van het gegeven dat het Unierecht niet van toepassing is in puur interne situaties, stond echter nog een belangrijk symbool van ongelijkheid in dit gelijkheidsparadigma overeind. Als verplaatsing niet langer noodzakelijk is om onder de paraplu van het burgerschapsrecht te komen, en

³¹ Von Bogdandy e.a., 'Reverse Solange', 504-505.

³² Zaak C-168/91, *Konstantinidis* [1993] I-01191, r.o. 46 van de Conclusie van A-G Jacobs.

³³ Zie Haltern, 'On Finality', 230 ('Citizenship, according to the Court, is not foremost about freedom, but about equality. The ECJ links the citizenship clause with Article 12 EC and its principle of non-discrimination on the grounds of nationality. Belongingness mediated through nationality thus becomes less relevant; citizenship of the Union becomes fundamental. (...) What is implied is that European citizens are part of a whole. (...) The gestalt of citizenship is not simply one of liberal individualism and rights (...), but is enriched through a collective dimension. Of course, this dimension is 'imagined', to borrow Anderson's wonderful phrase. The Court, in other words, starts to construct an imagined community. This is the truly revolutionary moment in the Court's citizenship jurisprudence.')

burgers op grond van dit recht ook tegen hun eigen nationale overheid kunnen opkomen, wordt afstand van dit symbool genomen.

8.2.3 *Het mirakel van het burgerschap?*

Weerspiegelt de tendens in de rechtspraak om artikel 20 VWEU als een waarlijk autonome, zelfs van transnationale elementen ontdane bron van rechten voor te stellen de these van Maduro dat nationaliteit en het lidmaatschap van een Europese politieke gemeenschap elkaar niet bijten? Ter beantwoording van deze vraag is allereerst relevant hoe ruim het Hof bereid is om het criterium ‘effectief genot van burgerschapsrechten’ uit te leggen. Zolang het Verdrag op dit punt niet gewijzigd wordt, blijft de nationaliteit van een lidstaat bepalend voor de vraag of iemand ook het Unieburgerschap bezit. Tegelijkertijd is het niet moeilijk om in te zien dat de dimensie van collectieve identiteit die in het nationale burgerschap besloten ligt, onder druk komt te staan als het Hof zou verkiezen dit criterium regelmatig toe te passen. Toepassing hiervan zal veelal namelijk ten koste gaan van nationale regelgeving, die, op haar beurt, weer uitdrukking geeft aan het algemene belang en *eo ipso* aan de identiteit van de gemeenschap op nationaal niveau. Waar collectieve identiteit op het niveau van de Unie conceptueel gezien vorm krijgt als gevolg van de uitbouw van het Unieburgerschap, bestaat dus het gevaar dat de lidstatelijke variant hiervan in het gedrang komt.

Dit gevaar is overigens ook aanwezig als het Hof de nadruk blijft leggen op een transnationale invulling van het burgerschap. De trend om het burgerschap in toenemende mate los te weken van de oorspronkelijke categorieën van werkers en dienstverleners, en ook economisch inactieve Unieburgers die zich verplaatsen onder het toepassingsbereik van het Unierecht te laten vallen, zorgt ervoor dat steeds meer nationale wetten die vroeger nooit in het zicht van het Hof waren verschenen, nu wel onder de radar van het Luxemburgse toetsingswapen terecht komen. Dit betreft met name wetten op het terrein van de sociale zekerheid; aangezien de potten hiervoor in beginsel gespekt worden met nationale belasting- cq premieopbrengsten een zeer gevoelige kwestie. Feitelijk wordt zo van de lidstaten gevraagd om op een gebied waarop zij nauwelijks bevoegdheden hebben overgedragen, een ratio te omarmen die niet is gebaseerd op economisch belang, maar op solidariteit met elkaar.³⁴

Met betrekking tot het criterium ‘effectief genot van burgerschapsrechten’, doen twee, kort na *Ruiz Zambrano* gewezen arresten vermoeden dat de interpre-

³⁴ Zie Augustín José Menéndez, ‘European Citizenship after *Martínez Sala* and *Baumbast*: Has European Law Become More Human but Less Social?’, in: Maduro en Azoulai, *The Past and Future of EU Law*, 377-393. Vgl. ook Kay Hailbronner, ‘Union Citizenship and Access to Social Benefits’, 42 *Common Market Law Review* (2005) 1245.

HOOFSTUK 8

tatieve ruimte in dit verband zeer gering is.³⁵ Zelfs zodanig dat, behalve de *Rottmann*-situatie van stateloosheid, alleen het vooruitzicht van een gedwongen vertrek uit het totale grondgebied van de Unie deze standaard lijkt te kunnen activeren.³⁶ Mogelijk heeft deze enge uitleg te maken met het feit dat het HvJ geschrokken is van de commotie die naar aanleiding van genoemde burgerschapszaken ontstond. Onder meer in Nederland werd door de politiek bezorgd gereageerd op de implicaties van *Ruiz Zambrano* voor het nationale immigratiebeleid.³⁷ Zoals eerder al werd opgemerkt, zou de voorlopige weigering van het Hof om de portee van zijn woorden in *Rottmann* en *Ruiz Zambrano* kracht bij te zetten als erkenning kunnen worden opgevat van de kritiek dat een ‘integration-through-law’-narratief zijn beperkingen heeft.³⁸ Op dat moment werd echter ook al aangegeven dat de dynamiek die uitgaat van het gesproken juridische woord zich niet zomaar laat bedwingen. In de woorden van Haltern: ‘Law is memory, and we are witnessing the Court feeding it with its new notion of collective identity.’³⁹ Het laat zich raden waarmee deze notie in de toekomst verrijkt zou kunnen worden: grondrechten. Hoewel verschillende Advocaten-Generaal in Conclusies de historisch en conceptueel gezien logische link tussen grondrechten en burgerschap hebben gelegd, houdt het HvJ de boot in dit verband nog af. In de literatuur roert men zich echter al. Zo heeft Von Bogdandy samen met een aantal andere auteurs onlangs voorgesteld op basis van de uitkomst in *Ruiz Zambrano* een omgekeerde *Solange*-redenering in het leven te roepen. Kern van deze redenering is dat het Hof bereid zou moeten zijn op grond van artikel 20 VWEU nationale wetgeving kritisch onder de loep te nemen indien zich een situatie aandient die formeel gesproken buiten de werking van het Grondrechtenhandvest valt, maar zo ernstig van aard is dat daarmee de essentie van grondrechten zoals neergelegd in artikel 2 EU wordt geschonden.⁴⁰

³⁵ Zaak C-434/09, *McCarthy* [2009] ECR I-03375 en Zaak C-256/11, *Murat Dereci* [2011] ECR I-11315.

³⁶ Zie in dit verband het kritische commentaar van Nic Shuibhne, ‘(Some of) The Kids Are All Right’. Vgl. ook Anja Lansbergen en Nina Miller, ‘Case Note: European Citizenship Rights in Internal Situations: An Ambiguous Revolution?: Decision of 8 March 2011, Case C-24/09 *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l’emploi (ONEM)*’, 7 *European Constitutional Law Review* (2011) 287. Maar zie H. van Eijken, ‘*Ruiz Zambrano* the aftermath: de impact van artikel 20 VWEU op de Nederlandse rechtspraak’, 18 *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* (2012) 41, die laat zien dat de impact van *Ruiz Zambrano* misschien toch wel groter is dan op basis van het bovenstaande zou kunnen worden gedacht.

³⁷ Zo stelden de Kamerleden Fritsma (PVV, *Kamerstukken II* 2010/11, vraagnr. 2011Z04721) Nieuwenhuizen (VVD, *Kamerstukken II* 2010/11, vraagnr. 2011Z04723), Schouw (D66, *Kamerstukken II* 2010/11, vraagnr. 2011Z04725) en Knops (CDA, *Kamerstukken II* 2010/11, vraagnr. 2011Z04726) vragen aan toenmalig Minister voor Immigratie en Asiel Gerd Leers (*Kamerstukken II* 2006/07, 29 861, nr. 15).

³⁸ *Supra*, § 7.6.2.

³⁹ Haltern, ‘On Finality’, 233.

⁴⁰ Von Bogdandy e a., ‘Reverse Solange’, 508-518.

Von Bogdandy en de zijnen presenteren hun *Solange*-voorstel als een uiting van pluralisme. Door ingrijpen beperkt te houden tot uitzonderlijke situaties, zou het een route vormen ‘to sail safely between the *Scylla* of a dysfunctional Union and the *Charybdis* of suffocating national constitutional identities’, en daarmee ‘European constitutional pluralism to the next step’ nemen.⁴¹ Het is verleidelijk om hierin mee te gaan. Immers, wat is erop tegen als de Unie in extreme situaties – in het bewuste artikel wordt onder andere gerefereerd aan de recente perikelen rond de persvrijheid in Hongarije – bijstuurt ten aanzien van waarden die volgens het Verdrag de grondslag van haar eigen bestaan vormen? Met een wat andere blik oogt het voorstel evenwel behoorlijk radicaal. Artikel 51 van het Handvest maakt klip en klaar dat grondrechtenbescherming door de Unie tegen de lidstaten alleen mogelijk is voor zover zij bevoegdheden aan de EU hebben overgedragen. Heel nadrukkelijk is het volgens deze bepaling niet de bedoeling dat het Handvest het toepassingsgebied van het Unierecht verder uitbreidt dan deze bevoegdheden reiken, of dat het nieuwe bevoegdheden schept; iets dat, zij het via een andere weg, wel zou gebeuren mocht het Hof het plan van Von Bogdandy overnemen.

Hier staat tegenover dat artikel 2 VEU, dat anders dan het Handvest geen beperkt toepassingsbereik heeft, beweerdelijk weinig praktische betekenis heeft als het niet los hiervan kan worden ingeschakeld. Voor dit argument valt best wat te zeggen, ook al staat het op gespannen voet staat met het eveneens fundamentele attributiebeginsel. Deze gedachte aanvaarden – en dit is een punt dat indirect al eerder aan de orde is gekomen – impliceert echter niet meteen dat de Unie meer op een pluralistische leest wordt geschoeid. In dit verband is het goed om in herinnering te brengen dat de *Solange*-uitspraak van het Duitse *Bundesverfassungsgericht* – zoals al eerder gezegd een populair pluralistisch aangrijpingspunt – expliciet gegrondvest was op het leerstuk van soevereiniteit.⁴² Met de beslissing dat Europees recht niet bepaalde *Duitse* grondrechtelijke grenzen mocht overschrijden, sprak het Hof uit Karlsruhe voor de eerste maal sinds het begin van Europese integratie duidelijk uit dat de *Kompetenz-Kompetenz* – in de woorden van de voormalige constitutionele rechter Udo di Fabio ‘nichts anderes als eine Konkretisierung von Souveränität’⁴³ – bij de lidstaten ligt. Anders dan als uiting van constitutioneel pluralisme, zou de benadering van Von Bogdandy en zijn medeauteurs dus net zo goed, of misschien zelfs wel eerder, als versteviging van de claim op Europese soevereiniteit kunnen worden gezien.

Of Maduro een ‘omgekeerde’ *Solange*-aanpak via het vehikel van het burgerschap zou onderschrijven, is een kwestie van speculatie. Hoe dan ook geeft

⁴¹ Ibid., 519.

⁴² *Solange I*, r.o. 280. Zie ook Theodor Schilling, ‘The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Some Supplementations to Matthias Kumm’, 12 *European Law Journal* (2006) 173, 184-185.

⁴³ Udo Di Fabio, ‘Der neue art. 23 des Grundgesetzes: Positivierung vollzogener Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?’, 32 *Der Staat* (1993) 191, 201.

HOOFSTUK 8

bovenstaand voorstel wel mooi aan hoe lastig het is om de evenwichtsoefening die hij in *Rottmann* presenteert uit te voeren. Uit de aard der zaak volgt namelijk dat ‘vrijmaking’ insnijdt op ‘de banden die ons verbinden met onze staten’. ‘If nationals and nonnationals are, to an increasing degree, treated equally, people’s loyalty and their feelings of belonging are expected to be less exclusively directed toward the national state.’⁴⁴ Illustratief in dit verband is ook nog een ander kritiekpunt dat soms wordt aangedragen tegen de nu bestaande regeling dat het burgerschap van de Unie door het nationaliteitsrecht van de lidstaten wordt geconditioneerd: te weten, het argument dat het, in het licht van het feit dat er nu 28 verschillende manieren zijn om burger van een lidstaat en dus ook Unieburger te worden, eigenlijk niet meer goed is vol te houden om het nationaliteitsrecht niet op enigerlei wijze te harmoniseren. Niet alleen zou deze praktijk een bron van ongelijkheid zijn, ook wordt hierdoor volgens dit argument uiteindelijk onacceptabel veel druk gecreëerd op de lidstaten onderling; het naturalisatiebeleid van de ene lidstaat heeft zo immers grote gevolgen voor de andere lidstaat.⁴⁵ Vanuit een Europees perspectief is deze redenering vrij ongenaakbaar. Als de regeling van het nationaliteitsrecht zou worden geharmoniseerd, wordt gedacht dat het Unieburgerschap een afgeleide is van de nationaliteit van een lidstaat echter wel steeds meer een wassen neus. In feite wordt de verhouding tussen het bezit van het Unieburgerschap en het burgerschap van een lidstaat dan namelijk omgedraaid.⁴⁶

Alles bij elkaar, heeft het er alle schijn van dat het concept Unieburgerschap een ontwerpprobleem heeft. Zoals de zaken er nu voor staan, is er een grote discrepantie tussen enerzijds de *status* van het burgerschap en anderzijds het burgerschap als *bron van rechten*.⁴⁷ De schijnbare (maar verraderlijke)⁴⁸ eenvoud van het feit dat alle burgers van de lidstaten in die zin aan elkaar gelijk zijn dat zij allen ook burgers van de Unie zijn, hoeft nu niets te zeggen over de vraag of zij ook gebruik kunnen maken van dezelfde rechten. Afhankelijk van de precieze situatie waarin hij of zij verkeert – economische hoedanigheid, het beroep dat iemand uitoefent, statisch of migrerend – ontleent de ene Unieburger meer

⁴⁴ Besson en Utzinger, ‘Toward European Citizenship’, 195.

⁴⁵ Zie e.g. Kochenov, ‘Ius Tractum of Many Faces’, 182-185, die, in vn 92, stelt dat de ‘current situation in the field of naturalization regulation, where naturalization rules – different from Member State to Member State – lead to the admission to the same status of European citizenship, can be compared with establishing free movement of goods without putting a common customs tariff into place. This is nonsensical, and the Member States are well aware of it.’

⁴⁶ Vgl. Jessurun d’Oliveira, ‘Ontkoppeling van nationaliteit en Unieburgerschap?’, 1032-1033.

⁴⁷ Dit inzicht ontleen ik aan Kochenov, ‘Ius Tractum of Many Faces’. Vgl. ook Jo Shaw, ‘Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism’, in: Craig en De Búrca, *The Evolution of EU Law*, 576.

⁴⁸ Denk even terug aan wat een hoofdstuk eerder, in vn. 190, gezegd werd over het arrest *Eman en Sevinger*. Vgl. ook Fabbrini, ‘Voting Rights for Non-Citizens’.

rechten aan het Unierecht dan de andere, met als gevolg dat het gelijkheidsideaal dat aan de status van het burgerschap ten grondslag ligt zonder inhoud kan zijn. Omdat ervoor gekozen is het bezit van het Unieburgerschap afhankelijk te maken van nationaliteit – opdat, om de woorden van Maduro nog maar een keer aan te halen, ‘de banden die ons verbinden met onze staten’ worden versterkt – wordt, omgekeerd, de status hiervan echter ook bedreigd als het Hof, onder invloed van genoemd gelijkheidsideaal, de rechten die aan de notie vastkleven op activistische wijze vormgeeft.

In pluralistische kringen wordt deze ‘dubbele’ discrepantie niet per se als een probleem ervaren. Vooral commentatoren die het multilevel of samengestelde karakter van de Europese rechtsorde benadrukken, grijpen deze dynamiek aan om naar voren te brengen dat het Unieburgerschap en het nationale burgerschap elkaar in normatieve zin wederzijds beïnvloeden en constitueren; feitelijk dus onderdeel zijn van één overkoepelend *Europees* burgerschap.⁴⁹ Een dergelijke heterarchische voorstelling kent evenwel exact hetzelfde manco als de meer algemene theorieën waar zij deel van uitmaakt: zij houdt onvoldoende of geen rekening met soevereiniteit. Sociologisch gezien hoeft het misschien geen probleem te zijn dat mensen er meerdere loyaliteiten op nahouden. In de wereld van het recht is het dat wel; althans voor zover gesuggereerd wordt dat tussen deze loyaliteiten geen pikorde bestaat.⁵⁰ In het bijzonder is het een misvatting dat het Unieburgerschap en het nationale burgerschap elkaar constitueren. Ja, zowel via positief als via rechtersrecht krijgen beide categorieën door elkaar vorm. Deze modus van constitueren is echter een andere dan de voor een constitutioneel discours noodzakelijke modus van constitueren die de dichotomie tussen *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué* beheerst. Het is al eerder gezegd: burgerschap zelf is geen categorie die aan het recht vooraf gaat.⁵¹ Burger word je in beginsel pas nadat een wel preconstitutionele politieke gemeenschap tot de instelling van deze status heeft besloten. Als nu de categorieën Unieburger en nationaal burger worden samengesmolten tot de algemene noemer van Europees burger, verdwijnt deze politieke en existentiële dimensie uit het zicht. De bron van de uitroep ‘Civis europeus sum’ – en daarmee een deel van zijn onderscheidende vermogen⁵² – wordt zo moeilijk bereikbaar.

De enige manier om het Unieburgerschap en het nationale burgerschap duurzaam met elkaar te verbinden, is uiteindelijk om ergens in het recht een

⁴⁹ Besselink, ‘Case Note’; Besson en Utzinger, ‘Toward European Citizenship’, 196-197; Shaw, ‘Citizenship’, 578-579.

⁵⁰ Vgl. Akhil Reed Amar, *America’s Constitution: A Biography* (New York: Random House 2005) 381, die beschrijft hoe in de Verenigde Staten statelijk burgerschap en Amerikaans burgerschap door de geschiedenis heen als *afgeleide* concepten zijn beschouwd.

⁵¹ Zie vn. 43 in hoofdstuk 7. Vgl. ook Preuß, ‘Problems of a Concept of European Citizenship’, 274-275.

⁵² Onderscheidend in interne zin. Ten opzichte van hen die zich überhaupt buiten het directe bereik van de Europese polis weten, derdelanders, werkt de uitroep wel onderscheidend.

HOOFSTUK 8

generatieve norm aan te wijzen – een ‘Law of Laws’⁵³ – die kan verklaren waarom twee in principe tegengestelde noties toch naast elkaar kunnen staan. Dit is wat door Maduro wordt gedaan. Met zijn ‘principles of contrapunctual law’, besproken in hoofdstuk vijf, betoogt hij dat het mogelijk is, in het licht van het surplus aan democratie dat hierdoor ontstaat, om een samenstel aan constitutionele beginselen te traceren, dat als een soort lijmiddel de soevereiniteitsclaims die met beide burgerschapsconcepten zijn verweven, bij elkaar houdt. Het mirakel van het burgerschap bestaat er dus uit dat de hierboven gesignaleerde discrepantie tussen status en rechten in zekere zin wordt gecultiveerd; dat wil zeggen, zolang deze discrepantie niet het proces van integratie als zodanig in gevaar brengt. Gebeurt dat wel, dan is het aan alle betrokken actoren – rechters, politici – om op basis van genoemde set van beginselen, die dus is ontleend aan het overkoepelende belang van democratie, de zaak recht te trekken.

Deze gedachtengang steekt vernuftig in elkaar. Om te kunnen standhouden is zij echter wel afhankelijk van een hypothese: te weten, dat de Europese constitutionele ruimte inderdaad kan worden beheerst door een meta-constitutionele norm waaraan, anders dan aan de soevereiniteitsclaims die zij samensmeedt, zelf geen ‘authoritative decision’ ten grondslag ligt.⁵⁴ Deze afhankelijkheid wordt de gedachtengang fataal. Het wonder waaraan Maduro in *Rottmann* refereerde, is daarom een lot beschoren dat wonderen wel vaker ten deel valt: ter verklaring van de gebeurtenis die een mirakel wordt genoemd – een gesublimeerd, pluralistisch burgerschap – is uiteindelijk gewoon een ‘rationele’ uitleg beschikbaar.⁵⁵ Aan deze ‘rationele’ uitleg is het volgende hoofdstuk gewijd. Hieronder eerst aandacht voor de reden waarom de idee van een ‘Law of Laws’ beweerdelijk niet geloofwaardig is.

8.3 Pluralisme en vrijheid

8.3.1 *Law of Laws*

In hoofdstuk vijf kwam naar voren dat de precieze contouren van een Europese ‘Law of Laws’ van auteur tot auteur verschillen.⁵⁶ Binnen het paradigma van normatief pluralisme zijn deze verschillen zonder twijfel relevant. Hier is echter van belang om de gemene deler van zulke varianten op een meta-constitutionele norm te onderstrepen. En dat is dat een Europese ‘Law of Laws’ strekt tot het creëren van een evenwicht tussen aan de ene kant eenheid en aan de andere kant

⁵³ Eijsbouts en Besselink, ‘The Law of Laws’, 396.

⁵⁴ Zie Avbelj en Komárek, ‘Four Visions of Constitutional Pluralism’, 13.

⁵⁵ Dit is een inzicht dat teruggaat tot de Nederlandse filosoof Spinoza.

⁵⁶ *Supra*, § 5.8.

pluralisme. Het is immers een mix van deze twee eigenschappen die ervoor zorgt dat de status quo van twee concurrerende soevereiniteitsclaims ten aanzien van de Europese rechtsorde behouden blijft en, als gevolg hiervan, dat een surplus aan constitutionalisme kan ontstaan. Deze normatieve gerichtheid levert in termen van democratie een markante paradox op. Waar zij onwillekeurig namelijk op aanstuurt, is dat de democratische dynamiek die men, afhankelijk waar gekeken wordt, in de Unie of in de lidstaten aantreft, omwille van de democratie, in toom gehouden moet worden. Met andere woorden, op het proces van Europese integratie zit, geheel tegen de geest van de notie 'integratie' in, kennelijk een principiële rem. Om het pluralistische en daarmee ook democratische karakter van dit proces geen geweld aan te doen, zou er ergens een constitutioneel punt liggen waar de Unie in democratisch opzicht niet voorbij mag evolueren.

Is deze paradox de reden dat een 'Law of Laws' als verklaring voor het wezen van de Europese rechtsorde moet worden afgewezen? Neen. Dat democratische wilsvorming door constitutionele normen getemperd wordt, is op zichzelf niet zo opmerkelijk. In zekere zin is zulke tempering zelfs de primaire functie van een constitutie.⁵⁷ Ook waar een constitutie expliciet is gegrondvest op volkssoevereiniteit – en dus in beginsel een primaat van de politiek boven dat van het recht wordt verondersteld – is recht *gestolde* macht. Normen fungeren er niet alleen om aan te geven dat een volk de bron van gezag vormt, maar ook om *vast* te leggen – voor het 'revolutionaire' volk zelf, voor toekomstige generaties – dat dit gezag op een bepaalde manier moet worden uitgeoefend. Dat bij deze uitoefening, zoals in het geval van de EU, bepaalde discrepanties tussen de subjecten van het recht voor lief worden genomen, is al evenmin ongebruikelijk. Zoals helemaal aan het begin van dit boek al werd benoemd: ongelijkheid bestaat overal waar, vanwege behoud van de democratie op lokaal niveau dan wel met het oog op machtscheiding, is gekozen om een constitutionele structuur federaal in te richten. In federale staten als de Verenigde Staten en Duitsland gaat dit zelfs zover dat in de grondwet clausules zijn opgenomen die de federale staatsvorm – en daarmee ook de principiële ongelijkheid tussen federale burgers – beogen te 'vereeuwigen'.⁵⁸ Net als in pluralistische theorieën over Europa, wordt aldus ook in deze landen onderschreven dat voluntaristische driften omwille van de democratie zelf mogen worden beteugeld.

Hiermee is het probleem echter niet van tafel. Het mag zo zijn dat in federale staten als de Verenigde Staten en Duitsland constitutionele mechanismen zijn ingebouwd die op een bepaalde manier, om redenen van democratische en

⁵⁷ Vgl. *supra*, § 7.6.1.

⁵⁸ Zie resp. art. V van de Amerikaanse constitutie en art. 79 lid 3 van het Duitse *Grundgesetz*. Het eerste artikel is overigens formeel gesproken geen eeuwigheidsbepaling; het bepaalt dat geen deelstaat tegen zijn zin beroofd kan worden van zijn 'equal Suffrage' in de Senaat. Feitelijk is hiermee in steen gehouwen dat deelstaten tot in de lengte van dagen over twee senatoren kunnen beschikken.

HOOFSTUK 8

rechtsstatelijke aard, een ‘democratisch deficit’ koesteren, dit is niet hetzelfde als zeggen dat een meta-constitutionele norm als grondslag van zo’n deficit ook geloofwaardig is. Zeker in Duitsland, maar ook in de Verenigde Staten, staan genoemde constitutionele mechanismen geposteed tegen een achtergrond die, evenals in eenheidsstaten het geval is, wordt beheerst door het leerstuk van soevereiniteit. Zo is, geheel tegen pluralistische inzichten in, in juridische zin temelijk onomstreden dat ten grondslag aan de Duitse constitutionele ordening een ‘authoritative decision’ van het Duitse volk ligt.⁵⁹ Door het *Bundesverfassungsgericht* wordt het standpunt ingenomen dat dit volk, in zijn hoedanigheid van *pouvoir constituant*, zelfs die bepalingen kan wijzigen waarvan de inhoud in normatief pluralistische theorieën juist de kern van een Europese ‘Law of Laws’ vormt.⁶⁰ In de Verenigde Staten liggen de zaken wat genuanceerder. Daar heeft het onderscheid tussen *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué*, waarschijnlijk om redenen die in hoofdstuk twee ter sprake zijn gekomen, nooit zo wortel geschoten als op het Europese vasteland. De idee van het volk als stichter van de rechtsorde heeft evenwel altijd een centraal uitgangspunt gevormd van het Amerikaanse constitutionele narratief.⁶¹ In latere literatuur is bovendien ook sterk de gedachte opgekomen dat ‘We the people’, los van het recht dat deze ten dien einde in het leven heeft geroepen, voor constitutionele verandering kan zorgen.⁶²

Doordat de constitutionele ordeningen van Duitsland en de Verenigde Staten zijn opgebouwd tegen een preconstitutioneel decor van soevereiniteit, ontstaat er ruimte voor relativisering van het paradoxale karakter van ongelijkheid en oneffenheid als waarborgen voor democratie en rechtsstaat in deze stelsels. Binnen het model van normatief pluralisme kan soevereiniteit niet een dergelijke relativiserende rol spelen. Met genoemde waarborgen zou namelijk ook het bestaansrecht van het model als zodanig komen te vervallen. In plaats daarvan klampen theorieën met een normatieve pluralistische insteek, zoals het woordenpaar ‘Law of Laws’ aangeeft, voor de funderingsvraag aan bij iets wat lijkt op natuurrecht

⁵⁹ Dat, zoals ook wel wordt gezegd, het *Grundgesetz* niet het product vormt van het Duitse volk, maar van de geallieerde bezettingsmachten die na afloop van de Tweede Wereldoorlog in (West-)Duitsland de scepter zwaaiden is vooral een historisch argument en daarom in dit verband niet werkelijk een tegenargument.

⁶⁰ Hans Dieter Jarass en Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG* (München: Beck 2011) 1229-1230.

⁶¹ Zie Stephen M. Griffin, ‘Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism’, in: Loughlin en Walker, *The Paradox of Constitutionalism*, 49.

⁶² Zie Ackerman, ‘We the People’. Paradoxaal genoeg misschien, leeft dit gevoel waarschijnlijk nog veel meer in Amerika dan in Duitsland, waar men vanwege de ervaringen in de Tweede Wereldoorlog erg huiverig is voor politiek buiten representatieve instellingen om. Duitse ‘founding fathers’ zouden het, om die reden, wellicht goed kunnen vinden met James Madison, die in *Federalist Paper* nr. 63 noteerde dat de superioriteit van het ontwerp van de federale grondwet boven politieke systemen in de Klassieke Oudheid lag ‘*in the total exclusion of the people, in their collective capacity*’.

of het concept soevereiniteit van de rede.⁶³ Er wordt uitgegaan van de premisse dat er een *regel* of *set regels* kan bestaan volgens welke mensen zich moeten inhouden als zij optreden in de hoedanigheid van Europese of nationale *pouvoir constituant*. Gewoon vertrouwen op constitutionele discipline bij mensen om de bijzondere *status quo* in Europa te handhaven, zoals Weiler zich nog voorstelt, is niet voldoende. Dan zou de kans bestaan op desintegratie, en dat is juridisch geen optie. Pluralisme is voor de meeste commentatoren die dit gedachtegoed omarmen een waarde die alleen maar in de Unie mag bloeien binnen een bepaald constitutioneel, normatief kader. Aan het einde van de dag *moet* er sprake zijn van een basale constitutionele eenheid.⁶⁴

Het is bij dit ‘moeten’ dat het fout gaat voor een overkoepelende Europese meta-norm. Zo’n norm kan alleen overtuigen tegen een achtergrond zoals in de Middeleeuwen ervaren werd; te weten, een achtergrond van een reeds in de natuur aanwezig geachte objectieve sociale orde, waarvoor de tussenkomst van mensen niet noodzakelijk is.⁶⁵ Waar recht echter als mensenwerk wordt beschouwd – en in de Unie is dat ontegenzeggelijk het geval – kan een ‘moeten’, een norm, uitsluitend zijn beslag krijgen als het kan worden gekoppeld aan een ‘zijn’, het politieke feit van een gemeenschap.⁶⁶ Die koppeling kan bij een Europese ‘Law of Laws’ niet worden gemaakt. Weliswaar betreft het hier een norm die georiënteerd is op de verwezenlijking van een bepaalde modus van ‘zijn’, namelijk vrijheid, scheppingskracht heeft vrijheid alleen in combinatie met ‘willen’. (Om met Schmitt nog een keer Giuseppe Mazzini te citeren: ‘Die Freiheit konstituiert nichts’.) En aan die combinatie met het ‘willen’ van een *pouvoir constituant* kan een Europese ‘Law of Laws’ niet tegemoet komen. Dan zou namelijk het risico worden ingekocht dat de Unie voorbij een bepaald punt integreert dan wel desintegreert. Kortom, niet zozeer de paradox dat omwille van democratische waarden de democratie moet worden beteugeld breekt pluralistische theorieën met een normatief karakter op, als wel dat in deze theorieën in existentiële zin is dichtgemetseld wat wel en wat niet gewild mag worden.

⁶³ Vgl. Hoogers, *De verbeelding van het souvereine*, 305-309, die analyseert hoe soevereiniteit van de rede weliswaar gedeeltelijk valt te legitimeren ‘op basis van voorstellingen die binnen democratische vooronderstellingen te denken zijn’, maar ‘tevens als een *rem op de democratie*’ functioneert; ‘de gerepresenteerde wil is immers nooit irrationeel of gepassioneerd.’

⁶⁴ Denk, ter illustratie van dit punt, nog even terug aan wat Maduro als Advocaat-Generaal noteerde in zijn Conclusie bij de *Arcelor*-zaak. De ‘concurrerende aanspraak op juridische soevereiniteit’ waardoor het Europese integratieproces volgens hem beheerst werd, kon volgens Maduro niet betekenen dat nationale rechters op eigen houtje de (nationale) grondwettigheid van handelingen van de Unie zouden toetsen; zelfs niet bij wijze van uitzondering. De voorrang van het Unierecht, aldus de Advocaat-Generaal, moest worden gezien als een ‘existentiële eis’.

⁶⁵ Zie hierover uitgebreid in de volgende subparagraaf.

⁶⁶ Vgl. Heller, *Staatslehre*, 186 (‘Alle gesellschaftlichen Normordnungen verdanken ihr Entstehen und Bestehen menschlichen Willensakten.’) Ook Kelsen wees de natuurrechtsleer af. Zie Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, 8-14.

HOOFSTUK 8

In het tweede hoofdstuk en andere plekken in deze studie werd besproken hoe, zoals Heller het ooit heeft uitgedrukt, ‘Macht’ niet alleen een ‘rechtbildend Charakter’ heeft, maar ‘Recht’ ook een ‘machtbildend Charakter’.⁶⁷ Kan deze bevinding nog soelaas bieden voor een Europese ‘Law of Laws’? Voortbouwend op de inzichten van Heller, heeft Lindahl een aantal jaren geleden Schmitt voorgehouden dat deze het vraagstuk van legitimatie ten onrechte enkel alleen relevant acht voor het recht, en niet voor de politieke gemeenschap achter het recht. Volgens Lindahl is eerder het tegendeel het geval. Aangezien ‘political unity first arises through the “enactment of a constitution” (...) the problem of legitimating a legal order is from the very beginning the problem of justifying the inclusion and exclusion required for political unity.’⁶⁸ Een soeverein volk, aldus Lindahl, ‘is never directly present to itself as a unity’; bestaat alleen ‘in the mode of questionability’.⁶⁹ De rechtsstaat, zo vervolgt de rechtsfilosoof, is daarom geen bedreiging voor democratische politiek, zoals Schmitt wil doen geloven, maar juist een essentiële voorwaarde hiervoor. Want het is dankzij rechtsstatelijke principes dat ‘the institutional conditions for ‘political action of a subject’, of a people as a unity in action’ überhaupt gestalte kunnen krijgen.⁷⁰ Dat wil zeggen: zonder beginselen zoals machtenscheiding en grondrechtenbescherming kan in een democratie geen begin worden gemaakt met de voor de totstandkoming van een ‘wij’ noodzakelijke representatiehandelingen – ‘whoever claims to speak on [a people’s, JWvR] behalf may only do so if the claim can be questioned by another power’.⁷¹

Dat democratie en rechtsstaat elkaar veronderstellen, is één ding. Lindahl gaat, zoals eerder reeds werd beschreven, evenwel nog een stapje verder; volgens hem is het zo dat ‘democracy only comes first by dint of coming second’.⁷² Zo bezien biedt de dialectiek tussen recht en politiek misschien toch een opening voor normatief pluralisme. Wat hierin besloten ligt, is dat de crux van een *pouvoir constituant* is dat hij bestaat als *mogelijkheid* – in de zin dat telkenmale via representatie opnieuw zal moeten worden vastgesteld welke ‘wij’ precies aan de voet van een constitutionele orde staat. En kan een conceptie van rivaliserende soevereiniteitsafspraken niet ook gewoon als zo’n mogelijkheid worden opgevat? Vormt constitutioneel pluralisme, met andere woorden, niet gewoon een variatie op het klassieke machtenscheidingsmodel? Het antwoord luidt nee. Welke claim op soevereiniteit over de boeg van de rechtsstaat ook op tafel wordt gelegd, hoezeer zo’n claim ook rationeel is ingekaderd, zij zal altijd minimaal betrekking hebben op een *politieke eenheid*. Over de boeg van de rechtsstaat, zoals een Europese ‘Law of Laws’ beoogt, verschillende politieke gemeen-

⁶⁷ Ibid., 194.

⁶⁸ Lindahl, ‘Constituent Power and Reflexive Identity’, 22.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid., 23.

⁷¹ Ibid., 22.

⁷² Zie reeds *supra*, § 2.6 en § 7.4.3.

schappen als dragers van een rechtsorde opstellen, gaat niet, omdat dan de band tussen representant en gerepresenteerde wordt verbroken. In zekere zin is dit het spiegelbeeld van het conceptuele defect dat in hoofdstuk zeven ten aanzien van de theorie van multilevel constitutionalisme werd geconstateerd. Daar was het probleem dat de ‘Europese soeverein’ – de verschillende volkeren cq burgers van de Unie – in het recht geen Archimedisches punt kon vinden. Bij een ‘Law of Laws’ is zo’n Archimedisches punt wel aanwezig, maar ontbreekt een collectieve eenheid om het op te vangen.

8.3.2 *Spiegel van de middeleeuwen*

De conclusie dat het zelfs binnen het ‘rechtsstaatvriendelijke’ soevereiniteitsvertoog van Lindahl conceptueel erg lastig is om een normatief pluralistische narratief te adstrueren, zegt iets over de inherente grenzen van pluralisme als hermeneutisch instrument. Tegelijk komen hier echter ook de grenzen van datgene wat normatief pluralisme dwarsboomt scherp in beeld. De reden dat een Europese ‘Law of Laws’ op conceptueel onvaste grond staat, is dat de liberale gedachte van individuele vrijheid waar zo’n ‘Law’ op is gericht, in existentiële zin behoefte heeft aan hiërarchie in het recht. Om zich constitutioneel te kunnen manifesteren, is deze gedachte, paradoxaal genoeg, dus aangewezen op een paradigma waarbinnen geen ruimte is voor ordeningsschema’s waar vrijheid wellicht misschien meer bij gebaat is. Eerder in deze studie is naar voren gekomen dat sommige juristen deze ‘wetmatigheid’ proberen open te breken door te verwijzen naar de, zojuist al kort opgerakelde, Middeleeuwen. Was dat immers niet ook een tijd waarin heterarchie welig tierde? En waarom zouden Europeanen niet weer gedeeltelijk kunnen aansluiten bij dit wereldbeeld? Wie zegt dat we niet midden in een paradigmawisseling zitten, zoals ooit ook het paradigma van *Respublica Christiana* plaats heeft gemaakt voor het liberale model van nationale staten?⁷³

Een korte verkenning van de constitutionele verhoudingen en assumpties in de Middeleeuwen lijkt echter te suggereren dat parallellen met de constitutionele situatie in de EU betrekkelijk ongefundeerd zijn; althans, waar het gaat om de hypothese dat deze periode uitwijst dat de Europese constitutionele orde wezenlijk heterarchisch gestructureerd kan zijn. Voor zover klopt dat de Middeleeuwen in juridische zin gekenmerkt werden door de afwezigheid van hiërarchie – een aanvechtbare stelling – lag aan deze afwezigheid een ander ontwerp ten grondslag dan aan de nevenschiktheid van normen in pluralistische vertogen. Zoals hierboven al werd aangestipt, leefden de Middeleeuwers, institutioneel gezien, in een wereld waaraan de gedachte vreemd was dat recht het product

⁷³ Vgl. vn. 109 in hoofdstuk 2.

HOOFSTUK 8

was van mensen – *positief* kon zijn.⁷⁴ Zeker tot ongeveer de twaalfde eeuw, toen de eerste universiteiten openden en het Romeinse recht herontdekt werd, maar overwegend ook nog de eerste eeuwen hierna, werd het recht beschouwd als een statisch goed, dat door c.q. met God en de natuur gegeven was. Anders dan nu het geval is, rees indertijd dan ook niet of nauwelijks de vraag hoe mensen een juridische orde konden stichten. Deze vraag kwam pas echt naar boven op het moment dat, in het brandpunt van kerkelijk schisma en Europese oorlogen, in de persoon van iemand als Thomas Hobbes het kritische en zelfdenkende individu opstond.⁷⁵ Vanaf dat moment ook ontstond de voor de moderne tijd specifieke dialectiek tussen recht en politiek die aan de hand van Lindahl en Heller op meerdere plekken in dit boek is beschreven – een dialectiek die dwingend aanstuurt op de voorwaarde van politieke eenheid.

Kort en bondig als dit beeld is, vormt het ook een enigszins ongenueanceerde weergave van de juridische situatie in de Middeleeuwen. Ook als meer wordt ingezoomd op de constitutionele dynamiek van destijds, verandert er beweerdelijk echter niets aan de bevinding dat de Middeleeuwen aan Europeanen van vandaag een spiegel voorhouden die weinig herkenning oplevert. Neem het meestal centrale vertrekpunt voor vergelijkingen met het ‘pluralistische’ heden: namelijk, dat de *Respublica Christiana* een ordening was waarin in ieder geval twee instituties – keizer en paus – zij aan zij stonden zonder dat dit tot hiërarchie leidde. *Grosso modo*, bestaan er twee juridische thesen ten aanzien van de Middeleeuwen waarmee dit vertrekpunt bekeken kan worden. Eén is de these van de theocratische staatsleer, de bril die keizers, paus en vorsten op hadden.⁷⁶ Blauwdruk voor deze leer was het vroegmiddeleeuwse rijk van Karel de Grote, dat, op zijn beurt, een doorstart geacht werd te zijn van het in de vijfde eeuw ineengestorte West-Romeinse rijk.⁷⁷ Was de kern van deze visie dat macht gedeeld werd in een door verschillende machtsaanspraken beheerste samenleving? Ja, maar op een andere manier dan over de Europese samenleving van vandaag wordt beweerd. Anders dan juristen anno nu, hadden aanhangers van de theocratische staatsleer geen moeite om vast te stellen wat de bron van juridisch gezag was. Karel, en latere generaties keizers en koningen na hem, beschouwde zichzelf als

⁷⁴ M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, *Begin-selen van de democratische rechtsstaat* (Deventer: Kluwer 2012) 11-14.

⁷⁵ Vgl. wat betreft de historische achtergrond van dit brandpunt: Arthur Eyffinger, ‘Europe in the Balance: An Appraisal of the Westphalian System’, 45 *Netherlands International Law Review* (1998) 161, 167. Zie ook M.S. Anderson, *The Origins of the Modern European State System 1494-1618* (London en New York: Longman 1998); Charles Wilson, *The Transformation of Europe 1558-1648* (Berkeley en Los Angeles: University of California Press 1976). Vgl. *supra*, vn. 145 in hfdst. 2 voor een relativering van het standpunt dat de moderniteit in deze periode begon.

⁷⁶ Zie en B.P. Vermeulen, A.P. Krijnen en D.A. Roos (red.), *De Koning in het Nederlandse staatsrecht* (Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005) 2-3.

⁷⁷ Met veel vaart beschreven in Tom Holland, *Millenium: The End of the World and the Forging of Christendom* (Londen: Abacus 2008) 1-48.

vorst bij *de gratie Gods*.⁷⁸ Samen met de paus, door wie hij zich op kerstavond 800 tot keizer had laten kronen, meende hij, als representant van God op aarde, aan het hoofd te staan van één universele orde. Op aarde, *binnen* de rechtsorde, kon deze opdeling van rechtsmacht tot botsingen leiden.⁷⁹ Via het gezag van God, viel de *Respublica Christiana* echter wel degelijk als hiërarchie te construeren – ook toen Karels universele rijk uiteen was gevallen en later, met het Heilige Roomse Rijk, de universaliteitsaanspraken van vooral de keizers in de praktijk steeds minder waard werden.⁸⁰

Is dit constitutionele spijkers op laag water zoeken? Beweerdelijk niet. Wanneer men met een beroep op leerstellingen uit het verleden concepties in het heden probeert te stutten, is het van belang om secuur te zijn. En dan springt in het oog dat gezagsclaims gedurende de Middeleeuwen, om het anachronistisch uit te drukken, niet op het niveau van *pouvoir constituant* naast elkaar stonden, maar op het niveau van *pouvoir constitué*; zoals het bijvoorbeeld ook in (semi)-presidentiële stelsels als Frankrijk en de Verenigde Staten denkbaar is om te twisten wie de natie in een gegeven situatie moet vertegenwoordigen. Een en ander toont ook hoezeer het constitutionele dilemma waarmee pluralistische

⁷⁸ Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, 44-47.

⁷⁹ Een bekend voorbeeld van zo'n botsing is de investituurstrijd: het conflict tussen paus en keizer in de loop van de 11^e en 12^e eeuw over het recht bisschoppen te benoemen. Dit recht was gaandeweg de Middeleeuwen in handen gekomen van de Duitse keizers, en ging gepaard met een belangrijke rol van de Duitse bisschoppen als wereldlijke leiders. Tegen deze praktijk kwamen hervormende pausen op een gegeven moment in verzet. Uiteindelijk resulteerde dit verzet in de beroemde gang naar Canossa van Keizer Hendrik IV in het jaar 1077. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, 68-71, vertelt hoe deze overwinning van het Vaticaan op termijn leidde tot een verzwakking van wat hij, een tikkeltje anachronistisch, het supranationale gezag van de keizers noemt. Dit, aldus Van Caenegem, zette op zijn beurt de deur op een kier voor secularisering. 'By forbidding the kings to perform the clerical investiture because they were laymen, a process of secularization was inaugurated and the road opened for a clear conceptual distinction between the organs and aims of secular society and those of the Church'. En daarmee, zo zou kunnen worden geconcludeerd, ondergroef de Kerk uiteindelijk ook zichzelf. Met de (eveneens) universele keizer als machtsfactor buiten spel, wordt de weg geplaveid voor de opkomst van nationale staten.

⁸⁰ Het Heilige Roomse Rijk was de opvolger van het keizerrijk dat in de 8^e en 9^e eeuw onder leiding van de Carolingers tot stand was gekomen. Als beginjaar wordt meestal 962 genomen, het moment dat de Saksische koning Otto tot keizer wordt gekroond. Het Heilige Roomse Rijk gaat als ideaal definitief ter ziele na de Dertigjarige Oorlog, in de eerste helft van de 17^e eeuw. Behalve een godsdienstig conflict, was deze oorlog ook een constitutioneel conflict – een conflict over de vraag of de katholieke Habsburgse keizer van zijn protestantse Duitse edelen gehoorzaamheid kon eisen op basis van *hiërarchische* verhoudingen binnen het Rijk. De keizer trekt uiteindelijk aan het kortste eind. Daarna overleeft het Rijk als relict, bij wijze van extra waardigheid van de Habsburgers cq Oostenrijkers. Formele opheffing van het Rijk volgt nog weer drie eeuwen later, in 1806, in het vuur van de Napoleontische oorlogen. Een nog altijd zeer leeswaardige klassieker over de Dertigjarige Oorlog, waarin deze constitutionele dimensie ook duidelijk wordt beschreven, is *The Thirty Years War* van C.V. Wedgwood [1938] (New York: NYRB Classics 2005).

HOOFSTUK 8

theorieën worden geconfronteerd een *seculier* probleem is. Een orde die haar normatieve kracht ontleent aan God, zoals de *Respublica Christiana*, wordt niet geplaagd door de vraag *hoe* de soeverein één en tegelijkertijd legitiem kan zijn. God is één en legitiem simpelweg omdat hij God is. Zodra God als unificerende kracht naar de achtergrond verdwijnt – en door een combinatie van factoren gebeurde dat vanaf de late Middeleeuwen – komt deze ‘hoe’-vraag echter genadeloos opzetten. Eerst in de soevereine vorstenstaat, de brug tussen Christelijke republiek en natiestaat.⁸¹ Daar speelde vooral het probleem van legitimatie. Koningen noemden zich nog wel vorst bij de gratie Gods, maar tooiden zich tegelijkertijd veel nadrukkelijker dan tevoren met het Romeinse adagium *princeps legibus solutus est*; als bron van recht wezen zij naar zichzelf.⁸² Met een mystificerende en ook daadwerkelijk legitimerende God op ruime afstand, lokte deze ontwikkeling, zoals in het eerste hoofdstuk uiteen is gezet, vervolgens uit dat naties zelf de behartiging van de publieke zaak in handen namen.⁸³ Nu begint echter eenheid een probleem te worden. Waar de vorst, vanuit zijn eigen uniciteit, nog betrekkelijk eenvoudig als soeverein over de rechtsorde kan fungeren, is het bij een volk eerst nodig dat een beslissing valt over de vraag wie precies de ‘wij’ is die zich als soeverein opwerpt. Dit, tot slot, betekent dat recht en hiërarchie nodig zijn, voordat een volk met zijn constituerende taak kan beginnen.

Als gezegd is er ook nog een tweede juridisch perspectief vanwaar het vertrekpunt van heterarchie en machtsevenwicht in de *Respublica Christiana* bestudeerd kan worden. Dit is het perspectief van de meer praktische natuurrechtsleer. Hierin staat niet zozeer vorstelijke macht als zodanig centraal, als wel de grenzen die aan deze macht gesteld kunnen worden. Actoren zijn niet de vorsten en kerkelijke leiders die het adagium *princeps legibus solutus est* aanroepen, maar de steden en standen die via charters en met een beroep op natuur en gewoonte van deze vorsten en leiders privileges proberen af te dwingen. Veel pluralisten zullen dit een aantrekkelijker invalshoek vinden om gelijkenissen met de situatie in Europa van vandaag voor het voetlicht te brengen. Veel meer dan in de theocratische staatsleer, zit namelijk in de natuurrechtsleer ingebakken dat het denkbaar is om een rechtsorde op te tuigen vanaf een startpositie die door het recht is geconditioneerd. Anders dan in de theocratische staatsleer is God in de natuurrechtsleer niet zozeer een scheppende God, als wel een grootheid waarvan

⁸¹ Vgl. Lukas Prakke, ‘On the Rise and Decline of the Monarchical Principle: Constitutional Vicissitudes in Spain and Germany’, 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 268, 270.

⁸² Buijs, ‘Que les Latins appellent maiestatem’, 247-255.

⁸³ Vgl. Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, 95-96: ‘Der Monarch (...) kann selbst nicht auch als Urgrund und Quelle, das Formlos-Formende der politisch-rechtlichen Ordnung, wie sie in der Verfassung Gestalt gewinnt, gedacht werden. Eine solche konstituierende Gewalt des Monarchen ist nur begründbar im Rahmen einer göttlich legitimierten Weltordnung, in welcher der Monarch und seine Familie als sakral legitimiert (...) erscheinen und auftreten können. Für eine säkulare Staatsordnung ist dies nicht mehr vollziehbar.’

de essentie samenvalt met de natuurlijke orde op aarde. Als gevolg van deze meer immanente kijk op dingen vormde zij een bruikbaar theoretisch argument voor steden en standen. Met een overeenkomst als *Magna Carta* verleende de vorst volgens deze lezing niet een *gunst* aan zijn onderdanen, maar codificeerde en bestendigde hij *eeuwige* normen over de inrichting van de maatschappij.⁸⁴ De heersende praktijk gedurende de Middeleeuwen met betrekking tot de onderlinge relaties tussen vorsten, kerk en burgerij, het feodalisme, was zo bezien geen aberratie ten opzichte van het principe van *Gottesgnadentum*, maar een logisch uitvloeisel van de fundamenteën van de *Respublica Christiana*.⁸⁵

Met de bril van de natuurrechtsleer op kan de breuk die zich in het tijdvak van de Reformatie in Europa voordeed, aanzienlijk minder rigoureuus overkomen dan, zeker door continentaal geschoolde juristen, vaak wordt gepresenteerd. Volgens de bekende mediëvist Walter Ullmann valt er zelfs een directe lijn door te trekken van de feodale praktijk van contractuele verplichtingen tussen vorst, adel, geestelijkheid en burgerij naar de leer van grondrechten die in de zeventiende eeuw bij John Locke opkomt.

‘I think it was no historic freak or coincidence that the English common law became in the seventeenth century the bulwark of the individual liberties against what might well be called the irrepressible monarchic aspirations of the kings, because that law was, in its genesis and application, a law that had grown on feudal soil since the twelfth century and embodied the element of consent. I feel certain that the development of a theory of basic civil rights in the feudally impregnated England was historically conditioned, and the Virginia Declaration of 1776 was no more and no less than a historically conditioned abstract manifesto epitomizing in succinct form the individual’s rights, in the last resort deducible from thoroughly feudal documents and feudal practices.’⁸⁶

Ullmanns betoog kan breder getrokken worden dan grondrechten alleen. Je zou kunnen zeggen dat de natuurrechtsleer c.q. feodale praktijk meer in het algemeen aanhaakt bij wat de identiteit van Europa genoemd zou kunnen worden; de, zoals Van der Pot het verwoordt, door de ‘plaatsnamen Athene, Jeruzalem en

⁸⁴ Zie Vermeulen, Krijnen en Roos, *De Koning in het Nederlandse staatsrecht*, 4-6.

⁸⁵ Kern van het feodalisme was dat een vorst, via in essentie privaatrechtelijke verbintenissen, rechten kon verlenen aan en verplichtingen kon aangaan met zijn onderdanen – adel, burgers en geestelijkheid. Aangezien feodalisme uitging van reciprociteit, conflicteerde de doctrine met de opvatting dat de vorst een door God aangewezen leider over zijn subjecten was. Zie Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, 48-49. Vgl. ook Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge: Harvard University Press 1985) 295-315. Zie uitgebreid over het principe van *Gottesgnadentum*: Fritz Kern, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter: zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie* (Münster en Köln: Böhlau-Verlag 1954).

⁸⁶ Walter Ullmann, *The Individual and Society in the Middle Ages* (Baltimore: The John Hopkins Press 1966) 96.

HOOFSTUK 8

Rome' ingegeven 'diepgewortelde behoefte om instellingen als *rechts*instellingen te zien en de betrekkingen tussen mensen en groepen en tussen groep en mens (enkeling) naar *rechts*maatstaven in te richten.⁸⁷ Kenmerkend voor Europa is zo gezien niet zozeer een hang naar het 'absolute', maar veeleer een, afgezien van enkele kortstondige periodes, continue preoccupatie met constitutiona-
lisme.⁸⁸

Onmiskenbaar is het zo dat de liberale vrijheidsidee wortels heeft in de Middeleeuwen. In Engeland, waar liberalisme zich in de zeventiende eeuw begon te manifesteren, was de *common law* het voornaamste bastion van de vrijheid. Om monarchale willekeur tegen te gaan, grepen burgers dus naar een rechtsgebied – het civiele recht – dat nadrukkelijk was afgeschermd van het weer opkomende publieke recht, dat met machtsaanspraken van de vorst werd geassocieerd.⁸⁹ Dit blijk van continuïteit kan echter niet verhullen dat er, zeker buiten Engeland, toch echt wel wat fundamenteels in het denken veranderde in deze jaren. In hoofdstuk twee kwam, aan de hand van Hannah Arendt, al naar voren dat liberale vrijheid meer vergt dan individuele rechtsbescherming door rechters. Vrijheid, aldus Arendt, draait ook om 'public happiness'; dat wil zeggen, het vermogen om als politieke gemeenschap ook ten aanzien van het algemeen belang het heft in eigen handen te nemen. Dit vermogen stond nog niet op het menu gedurende de Middeleeuwen. Men praatte er al wel voorzichtig over volkssoevereiniteit, niet in de laatste plaats in de opstandige Nederlanden, maar doelde met zowel 'volk' als 'soevereiniteit' op andere zaken dan aan het einde van de achttiende eeuw het geval was.⁹⁰

Dat zo'n begripsverandering zich heeft kunnen voltrekken, houdt, zoals al meerdere malen ter sprake is gekomen, verband met ontwikkelingen in de zestiende en zeventiende eeuw. De kiem hiervoor was mogelijk echter al eerder gezaaid. Buijs heeft er op gewezen dat de moderne constitutionele vrijheidsidee opvallende overeenkomsten vertoont met de theologische denkstroming van het nominalisme.⁹¹ Volgens deze stroming, die onder andere de Schotse geestelijke Willem van Ockham tot haar aanhangers rekende, was het onlogisch om te veronderstellen dat de transcendente, Christelijke schepper-God in zijn God-zijn aan enige begrenzings was gebonden. Een rationele, gebonden God maakte aldus plaats voor een willende, ongebonden God. Het is niet moeilijk om in te zien hoe deze verschuiving in de theologische filosofie heeft doorgewerkt in het constitutionele en politieke denken: 'This voluntarist conception of law and politics is fully present in the great theoreticians of sovereignty, Bodin and Hob-

⁸⁷ Elzinga en De Lange, *Van der Pot*, 59.

⁸⁸ Vgl. *supra*, § 2.5.

⁸⁹ Zie Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, 2-3.

⁹⁰ Zie E.H. Kossmann, *Politieke theorie en geschiedenis: verspreide opstellen en voordrachten* (Amsterdam: Bert Bakker 1987) 59-78. Vgl. ook *supra*, § 1.2.

⁹¹ Buijs, "Que les Latins appellent maiestatem", 247-255.

bes.⁹² Wat in de theologie begon als poging om God en zijn aardse schepping te bevrijden uit een statische toestand waarin alles al is vastgelegd, had op het constitutionele en politieke denken in eerste instantie dus nogal een tegengesteld effect. Bodin en Hobbes staan immers niet bepaald als vrijheidsstrijders te boek. Op de langere termijn bleek deze radicalisering van het goddelijke transcendentiebegrif evenwel ook kansen te scheppen voor het principe van de vrijheid. En wel in de zin dat mensen, vrij naar John Locke, als *tabula rasa* ter wereld komen; niet in een sociaal opzicht voorbestemde positie ten opzichte van de samenleving staan, maar in een positie van ongebonden gelijkheid. Dit kardinale uitgangspunt vormt, blijkens bijvoorbeeld artikel 2 VEU, ook deel van het DNA van de EU. Zij kan er echter niet voor terecht bij de Middeleeuwse natuurrechtsleer.

8.3.3 *Westfalen voorbij?*

In de negentiende eeuw werd in Duitsland kritisch gekeken naar de Duitse middeleeuwse keizers van het Heilige Roomse Rijk. De keizers zouden teveel bezig zijn geweest met het najagen van hopeloze universele idealen – lees: oorlog voeren in Italië – en te weinig met het consolideren van de machtspositie in de Duitse landen. Daardoor duurde het veel langer dan in omliggende gebieden, zoals Frankrijk en Spanje, voordat de Duitse natie zich ook in een Duitse staat kon vestigen.⁹³ Dit verwijt getuigt van een vrij deterministisch, Hegeliaans wereldbeeld; de natiestaat wordt erin opgevoerd als einddoel van de geschiedenis. Met de wijsheid van achteraf zou de kritiek in twijfel kunnen worden getrokken. Wat je ook van de grondslagen van dit proces mag denken, ‘the attempts of medieval emperors and popes to create a public law that would encompass all European nations seem less utopian’ in het licht van het Europese integratieproces, zoals de Gentse rechtshistoricus Van Caenegem het ooit verwoordde.⁹⁴ En: ‘There is no reason why the nation state should be the absolute yardstick with which to judge the statesmen of the past.’⁹⁵

Is deze analyse correct? Waarschijnlijk wel wat betreft de kritiek dat het tamelijk onzinnig is om door een negentiende-eeuws vizier beleid af te kraken waar een totaal ander wereldbeeld aan ten grondslag lag.⁹⁶ Niet direct voor zover Van Caenegem met deze woorden suggereert dat Europese integratie een nieuwe cesuur heeft aangebracht in het Europese constitutionele denken. De portee van de voorgaande paragrafen is dat de essentie van dit denken overeen-

⁹² Ibid., 251.

⁹³ Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, 66.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Zie algemeen Peter Raedts, *De ontdekking van de Middeleeuwen. Geschiedenis van een illusie* (Amsterdam: Wereldbibliotheek 2011).

HOOFSTUK 8

is gebleven sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw. Het zou kunnen dat Europeanen, als gevolg van het integratieproces, vandaag leven in een *post-statelijke* wereld. Daarmee is echter niet gezegd dat zij ook terecht zijn gekomen in een *post-soevereine* wereld. De in cultureel en historisch opzicht als eindstation ervaren natiestaat is weliswaar al geruime tijd niet meer het enige referentiepunt voor juridisch en wettelijk handelen, dit laat onverlet dat dit handelen nog wel wordt voortgedreven door hetzelfde idee van individuele, seculiere vrijheid dat, in de boezem van vorstelijk absolutisme, een kleine vijfhonderd jaar geleden gestalte kreeg.⁹⁷ De Vrede van Westfalen uit 1648, het moment dat de gedachte werd losgelaten dat staten ingebed waren in een objectieve normatieve ordening, kan ogenschijnlijk dus nog niet definitief naar de geschiedenisboeken verwezen worden.⁹⁸

Indien zij wordt overgenomen, heeft deze constatering verstrekkende gevolgen. Niet alleen voor de hierboven besproken pluralistische vertogen, maar bijvoorbeeld ook voor narratieven die een ‘revival’ van de natiestaat voor ogen hebben, zoals in Nederland onder meer afkomstig is van Thierry Baudet. In zijn veelbesproken dissertatie ‘Aanval op de natiestaat’ schetst Baudet een beeld van lidstaten die zich geconfronteerd zien met ‘imperiale’ ambities van de zijde van de EU.⁹⁹ Op grond van wat tot dusver aan de orde is gekomen, kan je serieuze twijfels zetten bij deze veronderstelling. De notie ‘imperium’, zoals zij in de Middeleeuwen is overgekomen uit de Romeinse keizertijd, staat symbool voor universele heerschappij, nodig om op aarde orde en vrede te bewaren.¹⁰⁰ Uiteraard staat dit motief ook centraal in de constitutionele canon van de EU. Zonder Tweede Wereldoorlog was deze vermoedelijk nooit tot stand gekomen, en de eerste doelstelling van de Unie die in artikel 3 lid 1 VEU wordt genoemd, is de bevordering van de vrede in Europa. Wat de EU beweegt, is echter evenzeer de

⁹⁷ Een mooi voorbeeld van de miskenning hiervan biedt een recente column van Juurd Eijsvogel, getiteld ‘Besmukt gegrinnik over Europa’, in *NRC Handelsblad* van 13 december 2013, 15. In deze column vertelt Eijsvogel over een forum over het Nederlandse buitenlandse beleid, waaraan ook oud-ministers op dit terrein deelnamen. Geconfronteerd met de vraag of nationale soevereiniteit in het licht van Europese integratie niet een achterhaald begrip vormt, zou Maxime Verhagen hebben geantwoord dat ‘soevereiniteit in een geglobaliseerde wereld niets betekent.’ Een andere oud-minister, Ben Bot, was hem bijgevalen door te stellen dat ‘(s)overeiniteit nog steeds (bestaat) in het nationale bewustzijn – ook al weten wij, ontwikkelde intellectuelen, dat het waarschijnlijk niet meer is dan een hersenschim.’ Zowel Verhagen als Bot slaat hier de plank mis. De vrijheid van staten is in een geglobaliseerde wereld weliswaar op een feitelijke en normatieve manier ingeperkt, zolang ‘bewustzijn’ van een politieke gemeenschap nog gekoppeld wordt aan concrete instituties en constitutionele normen, zoals in Nederland en andere Europese landen het geval is, vormt dit bewustzijn verre van een ‘herschenschim’.

⁹⁸ Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 93-94.

⁹⁹ Zie de kritische bespreking van deze dissertatie door Hoogers, ‘The Significance of Borders: Why representative Government and the Rule of Law require Nation States’, 3 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2013) 266.

¹⁰⁰ Zie de reeds eerder, in vn. 77, genoemde bestseller van Holland, *Millennium*.

bekende mix van constitutionele uitgangspunten die men ook in de natie-lidstaten aantreft: gelijkheid, uniformiteit en burgerschap. De bedreiging die Baudet waarneemt voor de lidstaten, wordt, met andere woorden, niet zozeer veroorzaakt door een fenomeen dat vreemd aan hun wezen is, maar, veel proza-ischer, eerder door een verschijnsel dat hen kopieert.

Vanwege de band met het nationale burgerschap, vertoont het Unieburger-schap ook gelijkenissen met, al dan niet expliciete, burgerschapsconcepten uit vroeger tijden, waarbij reeds gevormde loyaliteiten in stand werden gelaten.¹⁰¹ Tegelijkertijd is de burger van de Unie veel meer een concurrent van de nationa-le burger dan de christelijke Middeleeuwer ooit was van, laten we zeggen, een Frank of later, toen tribale verbanden begonnen te verwateren, een boer uit de Provence. De reden hiervoor is de moderniteit van zowel het burgerschap van de Unie als het nationale burgerschap.¹⁰² Binnen het denkraam van de Verlichting vertrekken beide noties vanaf de startpositie dat een politieke gemeenschap is opgetrokken uit een vrij abstracte verzameling van individuen.¹⁰³ Om zo'n ge-meenschap bij elkaar te houden is vervolgens een 'taal' nodig die iedereen kan spreken. Deze 'taal' kan bestaan uit bepaalde gemystificeerde historische ge-beurtenissen – Piet Hein die de Zilvervloot wint – maar ook uit de mystificatie van dezelfde constitutionele beginselen die constitutief zijn voor de abstracte individualiteit die men wil bedekken. Dit laatste lijkt, zoals al eerder ter sprake kwam, vooral de taal te zijn waarvan de Unie zich bedient.¹⁰⁴ Hongarije wordt van verschillende zijden in Europa gesommeerd om bepaalde constitutionele hervormingen terug te draaien, omdat hiermee Europese kernwaarden zouden worden geschonden. Wat als de constitutionele identiteit van een lidstaat te gel-den heeft, wordt dus geconditioneerd door een eigen opvatting van Europese identiteit.¹⁰⁵ Niet universalisme is wat binnen de EU de trom slaat, maar als universalisme verpakt particularisme.

Dat de EU niet zozeer tendeert naar universalisme, zoals eerdere rijken, maar juist redelijk gedijt in het Westfaalse model, blijkt ook als haar buitenkant in ogenschouw wordt genomen. Laat er geen misverstand over bestaan: het bui-tenlands beleid van de Unie is, met name waar het om 'hard politics' gaat, nog

¹⁰¹ Denk aan het Romeins burgerschap of aan de Christelijke identiteit binnen de *Respublica Christiana*.

¹⁰² Vgl. Haltern, 'On Finality', 231-232.

¹⁰³ Niet iedereen wenste destijds uiteraard te vertrekken binnen dit denkraam. Fameus in dit verband is het geschrift *Reflections on the Revolution in France* uit 1790 van de Ierse denker en politicus Edmund Burke.

¹⁰⁴ *Supra*, § 7.5.2.

¹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld de oproep van de Nederlandse minister van Buza Timmermans die o.a. naar voren komt in *Kamerstukken II* 2012/13, 21 501-20, nr. 776. Zie verder over de situatie in: Hongarije een tweetal blogs op de site Publiekrecht & Politiek: Jan Willem van Rossem, 'Hongarije tart EU', 13 maart 2013, www.publiekrechtropolitiek.nl/hongarije-tart-eu/; Ruben de Graaff, 'Opgeheven vinger en eigen boezem', 27 maart 2013, www.publiekrechtropolitiek.nl/opgestoken-vinger-in-eigen-boezem/.

HOOFSTUK 8

altijd zeer gefragmenteerd.¹⁰⁶ Dat neemt niet weg dat de EU zich wat haar aspiraties betreft steeds meer conformeert aan de idee dat zij onderdeel is van een *pluriversum*. Door de Arabische Lente en de eurocrisis is meer dan voorheen bloot komen te liggen dat Europa zonder buitenlands beleid, vrij naar J.L. Heldring, niet bestaat.¹⁰⁷ Het appel van de EU als ‘normative power’ in de wereld, dat nog luid en duidelijk doorklinkt in de Verklaring van Laken uit 2001, staat onder druk.¹⁰⁸ Pijlers van het Europese buitenlandse beleid met wel een universalistische signatuur, zoals het Europese nabuurschapsbeleid,¹⁰⁹ hebben, zeker waar het de export van Europese normen naar het Midden-Oosten betreft, aan glans verloren.¹¹⁰ Een echo van Westfalen klinkt verder ook hoorbaar door in een uitspraak als *Kadi*. Zoals eerder al werd verhaald, oordeelde het Europese Hof in deze bekende zaak met een uitdrukkelijk beroep op de autonomie van de Unierechtsorde dat VN-recht geen afbreuk mag doen aan de constitutionele beginselen van de Verdragen. Een in eerste aanleg nog door het Gerecht voorge-

¹⁰⁶ Zie over het buitenlandse beleid van de EU e.g. Cremona en De Witte, *EU Foreign Relations Law*; Geert de Baere, *Constitutional Principles of EU External Relations* (Oxford: Oxford University Press 2008); Marise Cremona (red.), *Developments in EU External Relations Law* (Oxford: Oxford University Press 2008).

¹⁰⁷ ‘Europa bestaat niet’, NRC Handelsblad 24 maart 2011, 16. Vgl. ook Joschka Fischer, ‘Europe’s Shaky Foundations’, die zijn pleidooi voor meer Europese integratie nadrukkelijk plaatst van de sleutel van haar plaats in ‘the emerging new world order’.

¹⁰⁸ Zie over het begrip ‘normative power’ e.g. Ian Manners, ‘Normative Power Europe Reconsidered: Beyond the Crossroads’, 13 *European Journal of Public Policy* (2006) 182.

¹⁰⁹ Binnen het nabuurschapsbeleid komt een keur aan bilaterale akkoorden, initiatieven, coördinerende maatregelen en actieplannen samen met als doel de relaties met de EU omliggende landen te bevorderen en een kader te scheppen waarin de stabiliteit, de veiligheid en de ontwikkeling van de regio kan worden nagestreefd. Het beleid is gericht op de buurlanden in Oost-Europa, ten zuiden van de Middellandse Zee en in de Kaukasus; staten die in beginsel geen uitzicht op toetreding tot de EU hebben. Zij kan weer onderverdeeld worden in specifieke initiatieven zoals de Europese Mediterrane Unie. Over het algemeen wel in het bezit van associatieakkoorden met de EU, maar niet tot het nabuurschapsbeleid behoren de landen op de Westelijke Balkan en Turkije. Deze landen komen in beginsel wel voor het lidmaatschap van de EU in aanmerking. Zie algemeen Koutrakos, *EU International Relations Law*, 359-380. Wat de directe regio betreft, kunnen verder de landen IJsland, Noorwegen en Liechtenstein genoemd worden. Deze vormen samen met de EU de Europese Economische Ruimte (EER). Met Zwitserland ten slotte, dat aanvankelijk het verdrag betreffende de EER had ondertekend maar dit na een negatief uitgevallen referendum uiteindelijk niet ratificeerde, heeft de EU een reeks van bilaterale akkoorden.

¹¹⁰ Recente ontwikkelingen in Oekraïne ondergraven deze stelling enigszins. De achtergrond waartegen betogers op het Maidan-plein eind 2013 in dat land hun woede over de beslissing van President Janoekovytsj om op het laatste moment *geen* associatie-akkoord te sluiten met de EU, was nadrukkelijk die van de Europese waardengemeenschap. ‘European normative power’ lijkt in dit verband wel degelijk een levensvatbaar concept. Dat gezegd hebbende, kan de strijd op het Maidan-plein tegelijkertijd ook worden gezien in de sleutel van de geopolitieke strijd tussen de EU en Rusland, het land dat Oekraïne beweerdelijk onder druk zette om het bewuste akkoord niet te ondertekenen. In die zin is de situatie in Oekraïne dus exemplarisch voor de plek van de EU in een *pluriversum* van staten.

stane universalistische kijk op de wereld werd door het Hof van de hand gewez-

zen.

Bovenstaande analyse is op onderdelen een herhaling van zetten. Aan de identiteit van de Unie werd ook al ruimschoots aandacht besteed in het vorige hoofdstuk. En de externe dimensie van het Unierecht kwam toen eveneens kort aan bod. Wat hierboven echter nog open werd gelaten, was in welke context de autonomieclaim precies moest worden gezet. Ja, was de conclusie eerder, bij autonomie draait het om een verholde claim op soevereiniteit, en niet, zoals in sommige visies op het Europese recht wordt verondersteld, om een principe dat zijn verklaringskracht heeft verloren. Dit onderschrijven plaatst je echter niet meteen middenin de Westfaalse doctrine. Reeds in de inleiding van dit boek werd aangekaart dat een belangrijke stroming binnen het concept constitutioneel pluralisme er juist op uit is om autonomie en soevereiniteit in te weven in een discours dat globalisering ook meeneemt. Iemand als Walker betoogt aan de ene kant dat soevereiniteit, evenals bij bijvoorbeeld Bodin, nog gewoon gezien kan worden als in beginsel ultieme ‘claim to ordering power’. Aan de andere kant stelt hij ook dat deze claim niet langer, zoals binnen het Westfaalse model het geval is, vast zit geknoopt aan territorium, dat wil zeggen exclusief is. In plaats daarvan, aldus Walker, is soevereiniteit functionalistisch van aard geworden; de notie ondersteunt en verklaart de verschillende regelstelsels die, door het globaliseringsproces, kriskras over het grondgebied van de oude natiestaten zijn gaan gelden.¹¹¹ Het type redenering dat Walker hanteert, heeft momenteel duidelijk de wind eronder. Veel commentatoren zijn met hem van mening dat klassieke, met soevereiniteit en het Westfaalse model verbonden noties zoals hiërarchie en rechtseenheid aan betekenis ingeboet hebben, nu normen, zoals inderdaad onmiskenbaar het geval is, regelmatig een Europese of internationale herkomst hebben.¹¹² Of deze conclusie juist is, kan echter worden betwijfeld.

8.3.4 *Exclusiviteit*

De notie ‘Westfalen’ kan honderd-en-één dingen betekenen. Voor historici of deskundigen op het terrein van internationale betrekkingen zal de term misschien vooral symbool staan voor het beginsel van ‘balance of power’, waar de

¹¹¹ Walker, ‘Late Sovereignty in the European Union’, 19-25. Zie ook Matej Avbelj, ‘Theorizing Sovereignty and European Integration’, *Ratio Juris* (2014) nng.

¹¹² Zie Arjen Meij, ‘Zoeken naar hiërarchie: is rechtseenheid passé?’, 61 *Ars Aequi* (2012) 584. Alleen spreken van internationalisering en Europeanisering van nationaal recht schetst overigens een onvolledig beeld. Doordat de EU zich steeds meer ontwikkelt tot volwassen constitutionele identiteit, is zij zelf ook meer en meer voorwerp van internationalisering. Vgl. Jan Wouters en Jed Odermatt, ‘Norms Emanating from International Bodies and Their Role in the Legal Order of the European Union’, in: Wessel en Blockmans, *Between Autonomy and Dependence*, 47-68.

HOOFSTUK 8

Vrede naar algemeen wordt aangenomen de aanzet voor gaf.¹¹³ Volkenrechtjuristen zullen vermoedelijk de nadruk leggen op het principe van soevereine gelijkheid, en de uit dat principe voortvloeiende verplichting voor staten om zich niet te bemoeien met de interne aangelegenheden van andere staten.¹¹⁴ In constitutioneel-theoretische zin is de diepste betekenis van Westfalen dat deze gebeurtenis de overgang markeerde naar een tijdperk waarin politiek en recht uit elkaar werden gevlochten en op een wederkerige manier tegenover elkaar kwamen te staan. Staten constateerden dat er in beginsel geen universele normen bestonden die hun individuele vrijheid konden beperken, en spraken regels af om deze individuele vrijheid te waarborgen, de geboorte van het moderne internationale recht.¹¹⁵ Indertijd, met dertig jaar bloedige strijd net achter de rug, was de perceptie dat deze waarborging de meeste kans van slagen had in autocratische stelsels die geen inmenging van andere regelgevers duldden. Recht raakte als zodanig nauw verbonden met het grondgebied van een staat. Dit veranderde niet wezenlijk toen dynastieke belangen vanaf de achttiende eeuw steeds minder belangrijker werden en de meer onpersoonlijke staat de norm werd. Na de Tweede Wereldoorlog is in Europa langzaam afscheid genomen van deze koppeling; eigen belang of vrijheid, zo veranderde het inzicht, kan beter worden nagestreefd in samenwerking met andere staten en met gebruikmaking van supranationale instituties. Hiermee – en dit is een cruciaal punt – kun je echter niet automatisch zeggen dat het normatieve gezag van de lidstaten is opgehouden exclusief te zijn. Sovereiniteit verwijst in de eerste plaats naar het *uitsluitende* vermogen om over een bepaalde rechtsorde te kunnen *beslissen*. En over dat vermogen menen de lidstaten, als vehikels voor hun volkeren, overwegend nog steeds te beschikken – zie het Tsjechische Constitutionele Hof in de *Slowaakse pensioenen*-zaak, zie het Duitse Constitutionele Hof in tal van arresten, zie verschillende politieke uitspraken over dreigende aantastingen van het budgetrecht tengevolge van crisismaatregelen.¹¹⁶ Uiteraard kan de politieke werkelijkheid weerbarstig zijn. Toen de Griekse premier Papandreou eind 2011 een referen-

¹¹³ Zie Eyffinger, 'Europe in the Balance', 177-179. Maar zie Benno Teschke, *The Myth of 1648: Class, Geopolitics, and the Making of Modern International Relations* (Londen: Verso 2003).

¹¹⁴ Vgl. Antonio Cassese, *International Law in a Divided World* (Oxford: Oxford University Press 1987) 37.

¹¹⁵ Het is overigens de vraag of tijdgenoten dit ook zo ervoeren. Zie Werner, 'State Sovereignty and International Legal Discourse', 135-136, die verhaalt hoe de Vrede van Westfalen was opgesteld 'in terms of universal, Christian language'. Het is echter wel een teken aan de wand dat paus Innocentius X, in de breve *Zelo domus Dei*, de Vrede in strenge bewoordingen afkeurde. (Zie Eyffinger, 'Europe in the Balance', 174.) Vanwege de bepalingen in de verdragen over de protestantse godsdienst, maar ook – belangrijker voor dit boek – omdat de kerkelijke bevoegdheid aan banden werd gelegd om regels uit te vaardigen met directe werking op het grondgebied van de verschillende Europese landen.

¹¹⁶ Zie bijv. www.nrc.nl/nieuws/2013/12/16/rutte-steunt-toch-bindende-afspraken-over-macht-naar-brussel/.

dum afkondigde over door zijn regering met het IMF en de EU afgesproken bezuinigingen, werd hij meteen op het matje geroepen door de Franse President Sarkozy en de Duitse bondskanselier Merkel. Deze maakten het Papandreou in *politiek* opzicht onmogelijk om zijn plan voor een referendum door te zetten.¹¹⁷ Sarkozy en Merkel weerspraken echter niet dat de Grieken in existentiële zin de *juridische* bevoegdheid zouden hebben om over hun eigen vrijheid te beslissen.

In de affaire rond Papandreou stond het nationale zelfbeschikkingsrecht ter discussie. De meer radicale claim hierboven is dat de exclusiviteitsthese echter ook voor de EU zelf opgaat; dat de lidstaten, in hun wens om te integreren, voor een benadering hebben gekozen die, vooral in de jurisprudentie van het HvJ, een eigen leven is gaan leiden. Een bekende reflex is om de betekenis van deze jurisprudentie te relativiseren met een verwijzing naar het attributiebeginsel. Voorrang, directe werking, autonomie – al deze bijzondere kenmerken van het Unierecht zouden alleen relevantie hebben waar een onderwerp binnen het bereik hiervan valt. In alle overige gevallen, is het verhaal, blijft het nationale recht gewoon overeind staan. Dit argument kan de betekenis van het autonomiebeginsel echter niet relativiseren. Bij attributie gaat het om de, in essentie technische vraag hoe binnen een bepaald constitutioneel verband de bevoegdheden zijn verdeeld. Het zegt niets over de vraag aan de hand van welk beginsel over deze verdeling van bevoegdheden wordt beslist.¹¹⁸ Ook als wordt meegenomen dat de lidstaten in de verdragswijzigingsprocedure bij unanimiteit beslissen, lijkt uit de rechtspraak van het Hof te volgen dat dit beginsel in de sfeer van het Unierecht zelf gelegen is. Waar, zoals hier wordt voorgesteld, exclusiviteit in de eerste plaats refereert aan het vermogen om te beslissen, vervult het concept autonomie ten aanzien van het Unierecht dus eenzelfde rol als soevereiniteit ten aanzien van het nationale recht vervult: dat van scharnier waarmee zowel de geldigheid van het Unierecht zelf als, in grensgevallen, van het nationale recht kan worden gecoördineerd.¹¹⁹

Neem, ter illustratie, de eerder besproken arresten *Mangold* en *Kücükdeveci*.¹²⁰ Wat het Hof in deze zaken deed, was het beginsel van directe werking feitelijk devalueren tot instrument in de handen van burgers om een subjectief recht in te roepen; in Nederland te vergelijken met de vraag of een verdragsbepaling een ieder verbindend is. Als schakel tussen twee in beginsel gescheiden rechtsordes bleek het beginsel in ieder geval niet meer strikt noodzakelijk, nu een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd voorrang had

¹¹⁷ Er werd gedreigd met het stopzetten van alle betalingen, waardoor Griekenland onherroepelijk failliet zou gaan.

¹¹⁸ Schmitt, *Verfassungslehre*, 367. Zie uitgebreid over deze vraag, waar Duitse begrippen als *Kompetenz-Kompetenz* en *Herren der Verträge* mee zijn verbonden: *infra*, § 9.6.

¹¹⁹ Zie uitgebreider: Van Rossem, 'The Autonomy of EU Law', 22-27. Vgl. ook Van Rossem, 'The EU at Crossroads', waarin bovenstaand punt wordt gemaakt aan de hand van een analyse over de manier waarop het HvJ omspringt met gemengde internationale overeenkomsten.

¹²⁰ *Supra*, § 6.3.2.

HOOFSTUK 8

boven een nationale wettelijke bepaling buiten de richtlijn in kwestie om. Dit standpunt is eigenlijk alleen maar te verdedigen indien de rechtsorde van de Unie en de rechtsordes van de lidstaten als één gezamenlijke rechtsorde worden gezien. Zoveel wordt ook duidelijk als het wetenschappelijke werk van één van de rechters van het HvJ die zich over beide zaken boog naast de uitspraken worden gelegd. Volgens de Belgische rechter Koen Lenaerts vormen de Unie en nationale systemen samen ‘a unitary legal order’ waarin gewerkt wordt met een beginsel van voorrang dat ‘must be divorced from the principle of direct effect when purging the EU legal order of conflicting national provisions’.¹²¹ Wie de EU bekijkt als een *Verfassungsverbund* in de traditie van Pernice of Besselink, zal dit geen schokkende uitspraak vinden. Waar echter wordt aanvaard dat de Unie tevens beheerst wordt door het concept autonomie – en Lenaerts onderschrijft dat¹²² – is de implicatie dat zij op een wezenlijk onderdeel langs de Westfaalse meetlat kan worden gelegd.¹²³

Voor pluralisten valt moeilijk begrip op te brengen voor het beeld van de EU als ‘unitary legal order’. Als soevereiniteit, zoals Walker beweert, over de jaren inderdaad functionalistisch in plaats van exclusief is geworden, dan moet men zich namelijk een grondgebied voorstellen waar op één en hetzelfde moment twee rechtsordes van kracht zijn. Wat bij Walker de Unie en de lidstaten tot een heterarchisch geheel maakt, is dat twee normatieve regimes met elk een eigen claim op soevereiniteit en dus met elk een eigen hiërarchie, zij aan zij staan.¹²⁴ Deze regimes concurreren uiteindelijk alleen met elkaar waar juridische grenzen betwist worden. Maar als zodanig is het moeilijk om hen met elkaar te verzoenen. Sympathiek als deze uitleg oogt, stuit zij echter op een onvermoed conceptueel probleem. Dat probleem zit hem niet in de conceptualisering van, zoals Walker het zelf noemt, ‘a plurality of unities’. Van zo’n ‘plurality of uni-

¹²¹ Zie Lenaerts en Gutiérrez-Fons, ‘The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law’, 1640-1641. Vgl. ook Koen Lenaerts en Tim Corthaut, ‘Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law’, 31 *European Law Review* (2006) 287. Voor de discussie over de verhouding tussen het voorrangsbeginsel en het beginsel van directe werking zij verder verwezen naar: Michael Dougan, ‘When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy’, 44 *Common Market Law Review* (2007) 931; De Witte, ‘Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order’. Zie eerder ook, klassiek, Pescatore, ‘The Doctrine of “Direct Effect”’.

¹²² Ibid., 1632.

¹²³ Dat Lenaerts hiernaast, op p. 1642, nog opmerkt dat ‘the horizontal application of general principles can operate only when it is uncontested that the conflicting national law falls within the the scope of EU law’, omdat anders ‘the boundaries of the EU legal order would be continually extended to the detriment of national sovereignty’, heeft minder om het lijf dan gesuggereerd wordt. Als gezegd is het – ook in federale staten – meer dan normaal dat op basis van het attributiebeginsel beleidsterreinen zo goed als uitgezonderd kunnen worden van bemoeienis van normen afkomstig uit een andere rechtssfeer. Zolang, ingeval van een botsing, deze laatste normen evenwel onvoorwaardelijke voorrang hebben, heeft het weinig zin om over soevereiniteit te praten.

¹²⁴ Walker, ‘Late Sovereignty’, 22-24.

ties' is immers ook sprake in een Westfaals wereldbeeld. In de paradoxale notie *rex est imperator in regno suo* ligt in principe ook de afwezigheid van universaliteit besloten.¹²⁵ Tussen staten in het Westfaalse wereldbeeld bestaat echter geen onenigheid dan wel concurrentie wat betreft de vraag wat de bron van juridisch gezag is. Nederland vist uit een andere vijver dan Denemarken. Dit is anders in het post-Westfaalse wereldbeeld dat Walker voor ogen heeft. Daarin rivaliseren twee claims op soevereiniteit met elkaar om de aard en werking van Europees recht te kunnen verklaren. Dat die claims primair toezien op andere regelstelsels, doet, zoals hierboven al ter sprake kwam, niet wezenlijk ter zake. Waar het om gaat – en daarin schuilt hun exclusiviteit ten opzichte van elkaar – is dat in grenssituaties blijkt dat nationale soevereiniteit en autonomie van de Unie tot verschillende uitkomsten leiden ten aanzien van de vraag hoe de wereld eruit ziet. Kortom, wat constitutioneel pluralisme parten speelt, is niet alleen de vraag of de theorie eventueel een normatief weefsel tussen Unie- en nationale rechtsorde veronderstelt, maar ook dat zij twee rivaliserende aanspraken op het laatste woord in een en hetzelfde universum postuleert. Logica dwingt tot de conclusie dat zulke rivaliserende aanspraken een beeld opleveren van twee parallelle universums, waarin, afhankelijk van het universum waarin men zich waant, de ene rechtsorde ten opzichte van de andere rechtsorde als deelrechtsorde opdoemt.¹²⁶

Dit conceptuele defect komt misschien nog wel scherper naar voren als de visie van Barents, samen met MacCormick de belangrijkste vertolker van politiek pluralisme, nader wordt geanalyseerd. Net als Walker en Maduro is Barents van mening dat het concept autonome rechtsorde niet zomaar kan worden genegeerd, om het even of dat gebeurt vanuit de *no demos*-gedachte of vanuit het perspectief van multilevel constitutionalisme. Om dit punt te kunnen maken, kiest Barents echter voor een wat andere aanlooproute. Centraal bij Barents staat het principe van de gemeenschappelijke markt. De opgave om zo'n markt tot stand te brengen, stelt de Nederlandse rechter bij het Gerecht voor ambtenarenzaken, brengt mee dat het normatieve karakter van de Unierechtsorde en van de regels die daarin geproduceerd worden alleen door zichzelf wordt bepaald; Unierecht geldt 'uit eigen hoofde' en kan niet door externe normen geconditioneerd worden, zelfs niet van het type dat normatieve pluralisten als Maduro en

¹²⁵ Vgl. Buijs, 'Que les Latins appellent maiestatem', 252-255. 'In principe', omdat je via de onvermijdelijkheid, bij 'a plurality of unities', van een internationale rechtsorde natuurlijk wel weer tot op zekere hoogte bij universaliteit aanbeldt. Zie *supra*, § 2.7.

¹²⁶ Vgl. Isensee, 'Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte', 1262-1263 ('Im supranationalen Rechtsmonismus bildet das Gemeinschaftsrecht eine originäre Rechtsquelle. Es erteilt von sich aus einen Rechtsanwendungsbefehl. Ihm liegt die Grundnorm voraus, welche die Einheit von Gemeinschaftsrecht und Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten stiftet; diese bilden nur Teilordnungen des Ganzen). Zie ook Theodor Schilling, 'The Court of Justice's revolution: its effects and the conditions for its consummation: What Europe can learn from Fiji', 27 *European Law Review* (2002) 445; Ibid., 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict'.

HOOFSTUK 8

Walker voorstellen.¹²⁷ Hierin herkent men de redeneertrant van het HvJ in *Costa/ENEL*, waarin, zoals in hoofdstuk vier uitvoerig is belicht, voor de vestiging van de voorrangsregel het belang van de uniforme werking van het (thans) Unierecht in de lidstaten als vertrekpunt werd genomen.¹²⁸ Helemaal volgen doet Barents deze gedachtengang echter niet. Waar hij zich tegen verzet, is de suggestie van het Hof in *Costa/ENEL* dat het Verdrag van Rome ‘een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen, die (...) in de rechtsorde der Lid-Staten is opgenomen’.¹²⁹ Dit beeld noopt er volgens Barents toe aan te nemen dat er sprake is van hiërarchie tussen het Unierecht en het nationale recht. En die premisse zou, om de eenvoudige reden dat het nationale recht niet ondergeschikt aan het Unierecht kan worden geacht, niet kunnen worden aanvaard.¹³⁰ Overtuigender daarom, is de lezing van Barents, is om de relatie tussen het Unierecht en het nationale recht voor te stellen als een ‘en-en’ situatie; dat wil zeggen, als een situatie waarin op hetzelfde moment twee autonome rechtsordes, waarvan de werkingssfeer geheel of gedeeltelijk samenvalt, *naast elkaar* op een bepaald grondgebied bestaan.¹³¹

Opvallend aan Barents’ denkwijze is dat hij bij de constructie van zijn visie op de pluralistische grondslagen van het Europese integratieproces vrijwel geen plaats inruimt voor soevereiniteit. Dit komt doordat hij van mening is dat met behulp van deze notie geen recht kan worden gedaan aan de specificiteit van het Unierecht.¹³² Soevereiniteit wordt, met andere woorden, opgevat als leerstuk dat exclusief is betrokken op de natiestaat, en dat, vanwege de observatie dat het Unierecht zich niet laat herleiden tot het recht van deze natiestaten, feitelijk aan erosie onderhevig is. Barents staat niet alleen in deze opvatting. In de wereld van het systeemdenken, waar zijn visie onder kan worden geschaard, is deze opvatting zelfs vrij wijdverbreid.¹³³ Systeemdenken heeft als handelsmerk dat het recht op een neutrale manier tegemoet wilt treden. Uitgangspunt is de vraag of objectief kan worden vastgesteld of een rechtsorde in kwestie op eigen kracht rechtseenheid bewerkstelligt. Is dit het geval – is het mogelijk een *Grundnorm* te veronderstellen welke de jurist in staat stelt om de gelding van een bepaalde rechtsorde te begrijpen – dan vergt dit dat geabstraheerd wordt van de gedachte van een soevereine staat. Als eenmaal een buiten de staat gelegen *Grundnorm* is aangewezen, dan is een model dat deze *Grundnorm* als vertrekpunt neemt volgens de systeemtheorie namelijk op rechtswetenschappelijke gronden in de zelf-

¹²⁷ Barents, ‘De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme’, 51. Vgl. ook Barents, *De communautaire rechtsorde*, 119-172.

¹²⁸ *Supra*, § 4.3-4.4.

¹²⁹ *Costa/ENEL*, p. 1218 (cursivering van mij, JWvR).

¹³⁰ Barents, ‘De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme’, 47-50.

¹³¹ *Ibid.*, 51-53.

¹³² Barents, *De communautaire rechtsorde*, 119-172.

¹³³ Catherine Richmond, ‘Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law’, 16 *Law and Philosophy* (1997) 377.

de mate correct en gerechtvaardigd als een model waarin het constitutionele recht van staten de hoofdrol speelt. Soevereiniteit, concludeert daarom één commentator,

‘can play no part in a neutral conceptual modelling of the relationship between the Community, its member States and international law. To move from the presumption of the legal sovereignty of one’s state is to *choose* to presuppose the validity of that legal order: a choice that is not required by the models but is made to further ulterior motives.’¹³⁴

Het is niet nodig om nog een keer uitgebreid stil te staan bij de vraag waarom een benadering die soevereiniteit uit het recht wegdenkt problematisch is. Nog even daargelaten of wel op objectieve gronden kan worden vastgesteld of een rechtsorde werkelijk zelf-referentieel is,¹³⁵ volstaat hier dat een fundamenteel probleem van bovenstaande aanpak is dat hij onvoldoende oog heeft voor het gegeven dat recht gelegitimeerd moet worden. Dat is geen kwestie van ‘ulterior motives’, maar van het inzicht dat de “is” and “ought” of the constitution’ weliswaar logisch onderscheiden moeten worden, maar ‘nevertheless apply to the same constitutional reality, in which the statement of one always at the same time asserts the other.’¹³⁶

¹³⁴ Ibid., 415-416.

¹³⁵ Volgens Barents kan op objectieve gronden worden gesteld dat de Unierechtsorde een zelf-referentieel karakter heeft, omdat zonder een dergelijk karakter het Unierecht in de lidstaten geen *intrinsiek uniforme werking* kan hebben. Dit op zijn beurt zou de instelling van een gemeenschappelijke markt onuitvoerbaar maken. Zie Barents, *De communautaire rechtsorde*, 328-329. In hfdst. 4 is reeds bevraagd of dit wel een houdbare hypothese vormt. Dat een gemeenschappelijke markt alleen maar een gemeenschappelijke markt kan zijn indien het recht dat hierop betrekking heeft wezenlijk eenvormig is, vormt een axioma, dat in de Verdragen geen direct aanknopingspunt vindt. Nog even los van de vraag of het conceptueel wel aanvaardbaar is dat recht buiten een ‘Sein-Sollen’-paradigma wordt geplaatst, valt de these van Barents dus in ieder geval niet objectief te verklaren.

¹³⁶ Heller, ‘The Essence and Structure of the State’, 277. Op basis van deze woorden van Heller is het rechtstheoretisch zeer bedenkelijk dat Barents suggereert dat de autonomie van het Unierecht inhoudt dat dit recht letterlijk uit eigen hoofde geldt, dat wil zeggen louter op grond van een norm en zonder acht te hoeven slaan op prejudiciële voorvragen. De Europese Verdragen, volgens Barents de bron van hun eigen geldigheid, kunnen zichzelf niet normatief verklaren, maar zijn, als aangenomen wordt dat hiermee werkelijk een autonome rechtsorde in het leven is geroepen, net als (andere) constituties voor hun geldigheid aangewezen op de verklarende en legitimerende werking van een ‘Sein’. Stellen, zoals Barents doet, dat de aard van het Europese recht kan worden begrepen zonder om te zien naar het leerstuk *pouvoir constituant*, is derhalve niet goed verdedigbaar. Zie Barents, *De communautaire rechtsorde*, 310-323. Overigens is het ook via een benadering die de politieke dimensie van het recht, zoals Barents, zoveel mogelijk buiten beschouwing laat, niet meteen gezegd dat een ‘en-en’-uitkomst te verdedigen valt. Vgl. Schilling, ‘The Court of Justice’s revolution’, 454, die op basis van een vrij Kelseniaanse analyse tot de conclusie komt ‘that the distinctness of the Community and Member State legal system is not between, on the one hand, the Community legal system in a narrow sense, consisting exclusively of the rules found in the treaties and in

HOOFSTUK 8

Politiek pluralisme leek, met haar stellingname dat het conceptueel onmogelijk is om de tegenovergestelde claims op normatief gezag ten aanzien van het Europese recht via het recht met elkaar te verzoenen, lange tijd misschien de meest geloofwaardige kandidaat van de drie varianten die in deze studie onderscheiden worden. Doordat de theoretische stroming een verklaring voor de verhouding tussen EU en nationaal recht zoekt in ‘de principiële erkenning dat er tussen recht en territorium geen exclusieve relatie bestaat’, komt dit beeld echter op losse schroeven.¹³⁷ In existentiële zin bestaat zo’n relatie namelijk wel degelijk. De suggestie dat, met het mechanisme van de interne markt, de geldigheid van het Unierecht in het Unierecht zelf besloten ligt, tart bovendien de dialectiek tussen recht en politiek. Wordt die dialectiek wel serieus genomen, dan komt men, zoals hierboven werd betoogd, niet zoals Barents uit bij een ‘en-en’ situatie – dat wil zeggen, een beeld van twee concurrerende rechtsordes op één grondgebied – maar bij een ‘of-of’-situatie – dat wil zeggen, een beeld van twee in essentie unitaire rechtsordes die niet in dezelfde realiteit kunnen bestaan. Volgens Barents is een dergelijk paradigma ‘ondeugdelijk’.¹³⁸ Die kwalificatie wekt enige verwondering. Een rechtsorde vormt uiteindelijk niet meer dan een projectie van de menselijke geest met betrekking tot de aard en inrichting van een maatschappij. Normaal gesproken zal er over zo’n projectie consensus bestaan. Als die consensus er niet meer is, zoals ten aanzien van de EU, is dat voor mensen die zich met normen bezighouden misschien ongemakkelijk, in een concreet rechtsgeschied in potentie een recept voor onzekerheid, en in theorie mogelijk zelfs ook ontwrichtend.¹³⁹ Het komt voor dat het ontbreken hiervan echter niet ondeugdelijk is in de normatieve zin dat van recht mag worden verwacht dat zo’n ‘of-of’-situatie zich niet voordoet. Op die manier wordt de functie van normen enigszins overschat.

secondary Community legislation, and, on the other hand, the Member State legal systems also in a narrow sense, consisting exclusively of the rules found in the Member State constitution and in Member State legislation. (...) This distinctness is rather characterised by the very fact that both the Community and Member State legal systems are *mutually incorporating the rules* of the respective other one. It is between *two incompatible constructions of the same legal material*.’ (cursivering van mij, JWvR). De enige mogelijkheid die Schilling ziet om uit deze situatie te ontsnappen, is de figuur van een ‘simple legal system’ – een ‘norm behind the *Grundnorm*’. Zie p. 456-463. Zo’n ‘norm behind the *Grundnorm*’ is, behalve misschien als kapstok van het Westfaalse systeem, echter niet goed verdedigbaar als soevereiniteit serieus wordt genomen.

¹³⁷ Barents, ‘De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme’, 51.

¹³⁸ Ibid., 49.

¹³⁹ Denk aan de situatie in Spanje, waar politici en burgers in een bepaalde regio, Catalonië, claimen een referendum te kunnen uitschrijven over onafhankelijkheid en aldus laten weten het gezag van de Spaanse grondwet niet meer te erkennen.

8.4 Conclusie

Geen ‘Law of laws’, geen pure heterarchie, maar een ‘of-of’-situatie – dat wil zeggen, twee versies van de waarheid over de aard en werking van het Europese recht die allebei uitgaan van hiërarchie. Dat is de wellicht wat schamele oogst en conclusie aan het einde van dit tweede hoofdstuk over de conceptuele haalbaarheid van Europese pluralistische theorieën. Voor zover pluralisme dus een verklarende rol kan spelen ten aanzien van de constitutionele problematiek van de EU, is die rol gelegen in het feit dat er onduidelijkheid heerst over de grondslag van normatief gezag in Europa. Het echte mirakel – dat van een Uniewijde heterarchie – blijft evenwel uit.

In hoofdstuk twee werd uiteengezet hoe, evenals de grootheden *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué* in een puur interne context, ook de categorieën nationaal recht en volkenrecht in een wederkerige relatie tot elkaar staan. Staten, zo kwam naar voren, leven niet in een normeloze jungle, maar zijn, in hun oriëntatie op elkaar, normatief met elkaar verbonden. Eenzelfde oriëntatie wordt ook wel opgevoerd ter ondersteuning van de these van een pluralistische Unie. Deze these houdt echter onvoldoende rekening met de omstandigheid dat de EU en de lidstaten niet zozeer georiënteerd zijn op elkaar, als wel in existentiële zin elkaars concurrenten zijn. Wie de dagelijkse interactie tussen Europees recht en nationaal recht bestudeert, zal dit niet zo snel opvallen. Gelet op de manier waarop het leerstuk van de autonome rechtsorde tegenover de soevereiniteitsaanspraken van de lidstaten staat, moet de conclusie toch zijn dat hier wat anders aan de hand is dan een dialectisch onderonsje tussen norm en feit op de grens van volkenrecht en nationaal recht. Hoe vreemd dit misschien ook klinkt, het heeft er eerder schijn van dat de pluralistische natuur van de Europese rechtsorde kan worden beschouwd als bijproduct van een natuurlijke strijd op leven en dood tussen twee staatslichamen, zoals het vorige hoofdstuk in vragende zin aan de hand van Rousseau werd afgesloten.

Nu zoals bij een ui in de afgelopen hoofdstukken schil voor schil de theoretische gebreken van de verschillende varianten van constitutioneel pluralisme zijn afgepeld, is onderhand wel de vraag wat dan wel een model is waarin de complexe constitutionele status quo van Unie en lidstaten gevangen kan worden. Overeenkomstig de bevinding dat de soevereiniteitsaanspraken van zowel lidstaten als Unie niet wezenlijk breken met het Westfaalse wereldbeeld, wordt ten dien einde in het volgende, laatste hoofdstuk aangeknoopt bij een verschijnsel dat al meerdere malen als vergelijking is ingezet: federalisme. Na afloop daarvan is hopelijk overtuigend aangetoond dat globalisering niet bewijst dat soevereiniteit functionalistisch en rechtsordes pluralistisch zijn geworden, maar de laatste jaren juist openbaart dat het constitutionaliseringsproces dat binnen de EU gaande is, volgens redelijk klassieke, Westfaalse lijnen verloopt.

Hoofdstuk 9

De Unie als federatie

9.1 Inleiding

Toen in hoofdstuk vier de zoektocht werd ingezet naar het constitutionele wezen van de Unie, werd dat geformuleerd als uitdaging. Was het conceptueel mogelijk, luidde de vraag, om een vorm van constitutionalisme te ‘isoleren’ die de Unie niet in de fuik zou duwen van het binaire schema staat-internationale organisatie, maar recht zou doen aan haar unieke, eigen levenswijze. Deze zoektocht is uitgemond in een deconstructie. In een seculiere, op liberale beginselen georiënteerde samenleving als de EU, zo kwam naar voren, is ‘verfasster politischer Primärraum’ onontbeerlijk. Pluralistische theorieën varen uiteindelijk allemaal op deze klip.

Wat is de Unie dan wel? Tegenover vertogen die het verband van EU en lidstaten schilderden in termen van heterarchie en een functionalistisch soevereiniteitsbegrip, werd het inzicht geplaatst dat dit verband zich momenteel in een soort constitutionele schemerzone bevindt, waarin niet ondubbelzinnig duidelijk is hoe de vraag naar soevereiniteit moet worden beantwoord. Dit inzicht verklaart hoe het theoretisch mogelijk is dat pluralistische vertogen falen én de fuik van een compromisloos *tertium non datur* kan worden ontweken. Het geeft echter geen naam aan de bestaansvorm van de Unie, zoals *Verfassungsverbund* of samengestelde rechtsorde in het geval van pluralistische theorieën plegen te doen. Zo’n naam of label is wel gewenst om de constitutionele dynamiek tussen Unie en lidstaten beter te kunnen waarnemen, benoemen, en interpreteren.

De sleutel om de Unie te begrijpen, zo zal in dit laatste hoofdstuk worden bepleit, is geen revolutionair beginsel, maar een paradigma dat al zeker tweehonderd jaar deel uitmaakt van het vocabulaire van de staatsrechtjurist: federalisme. In het constitutionele debat over de Unie is dit uiteraard geen begrip dat opeens uit de lucht komt vallen. De roeping van federalisme vormt, zoals eerder al aan de orde kwam, reeds vanaf het vroegste begin van het integratieproces een onderdeel van het politieke en constitutionele Europese discours.¹ De Franse minister van buitenlandse zaken Robert Schuman repte, zoals eerder al naar voren kwam, in zijn fameuze Verklaring uit 1950 van een ‘première étape de la

¹ En zelfs al daarvoor. Zie Carl H. Pegg, *Evolution of the European Idea: 1914-1932* (Chapel Hill en Londen: The University of North Carolina Press 1983).

HOOFSTUK 9

Fédération européenne’.² En ruim dertig jaar later werd onder aanvoering van de Italiaan Altiero Spinelli door het Europees Parlement een federalistische ontwerp-grondwet aangenomen, die korte tijd later als inspiratiebron zou dienen voor eerst, in 1986, de Europese Akte, en daarna, in 1992, voor het Verdrag van Maastricht.³

In de periode rondom de totstandkoming van genoemde twee verdragen wordt het echter ook steeds moeilijker om federalisme in het debat over Europa nog als een min of meer waardevrij begrip te beschouwen, dat slechts toeziet op een nog ongedefinieerd idee van Europese eenheid en daarmee betrekkelijk onschuldig overkomt. Federalisme wordt het F-woord, nauw verwant aan een proces van staatsvorming.⁴ Zeker wanneer het enthousiasme voor de Europese zaak begin jaren negentig aan een neerwaartse spiraal begint, wordt een man als Spinelli – na de Tweede Wereldoorlog samen met Jean Monnet nog de geestdriftig beijveraar van een breed gedragen idee – in toenemende mate boegbeeld van een radicale stroming.

Ook vandaag gaat de term federalisme in het debat over de EU nog gebukt onder een imagoprobleem. Federalisten, dat zijn politici als Guy Verhofstadt en Joschka Fischer; mensen die dromen van een Europese superstaat en bezwaren daartegen voor ongepast nationalisme aanzien.⁵ Waarom dan toch federalisme naar voren schuiven als adequaat paradigma voor de bestudering van het constitutionele leven in de Unie? Dit zit hem vooral in het feit dat federalisme, indien de notie op een evenwichtige manier wordt benaderd, kan blootleggen dat de EU in constitutionele zin geen uniek verschijnsel is. Dat de EU, ondanks en in al haar complexiteit en moderniteit, gewoon thuishoort in de (tevens moderne) Westfaalse doctrine van soevereiniteit en exclusiviteit. Dat, ten slotte, pluralistische theorieën, de antwoorden die werden geformuleerd op Weilers opgave om een ‘ethos and *telos*’ te vinden achter de constitutionele ordening van de EU, een hypotheseprobleem hebben. Als constitutionele processen die zich in de Unie manifesteren geen fundamentele breuk met het verleden vormen, vervalt ogenschijnlijk ook de noodzaak om haar als uniek fenomeen te benaderen.

² Opvallend genoeg komt de term ‘federatie’ in de Nederlandse vertaling niet voor. In plaats daarvan wordt gesproken van een ‘Europese volkerengemeenschap’. Vergeleken met andere vertalingen van de Verklaring lijkt dit een uitzondering. Zie www.robert-schuman.eu/fr/-declaration-du-9-mai-1950.

³ Zie Michael Burgess, *Federalism and European Union: The Building of Europe 1950-2000* (Londen: Routledge 2000).

⁴ Zie J.W. van Rossem, ‘Het F-woord’, *NJB* (2009) 2688. Vgl. ook Koopmans, ‘Guest Editorial – Federalism: The wrong debate’, 29 *Common Market Law Review* (1992) 1047.

⁵ Zie www.economist.com/blogs/charlemagne/2009/12/the_secret_selfishness_of_fede, 28 december 2009.

9.2 Oude wijn in nieuwe zakken

Het principe van federalisme kent een lange geschiedenis. De term is afgeleid van het woord ‘foedus’, Latijn voor verdrag of verbond.⁶ Aanvankelijk, in de periode dat het moderne Europese statensysteem wordt gevormd, had de term nog een betekenis die men bij deze etymologie zou verwachten. Federatie stond voor een alliantie van soevereine staten.⁷ In de nasleep van ‘Philadelphia’, waar in 1787 de Amerikaanse federale grondwet tot stand werd gebracht, ondergaat federalisme echter een gedaanteverwisseling in de Verenigde Staten. Waar het etiket federalisme eerst, ook nog rond 1787, geassocieerd werd met samenwerking tussen soevereine staten, raakte het nadien, als gevolg van het ogenschijnlijke welslagen van het in 1787 uitgedokterde constitutionele experiment, verbonden met de idee dat er, naast de categorieën staat en statenbond, nog een derde constitutionele smaak bestaat; een mengvorm van nationalisme en (con)federalisme die gezag uit twee verschillende bronnen verkrijgt.⁸ Weer later, in het laatste kwart van de negentiende eeuw, krijgt federalisme een derde betekenis. Plaats van handeling: Duitsland, waar men zich conceptueel geen raad weet met de Amerikaanse suggestie dat het mogelijk is om de soevereiniteitsvraag te vertroebelen.⁹ Hier, in dit krachtenveld van monarchie en democratie, alsmede van een vast geloof in de staat, krijgt federalisme de in Europa zo dominante connotatie van federale *staat*; een connotatie 180 graden anders dan de zeventiende-eeuwse connotatie met internationale verdragen, maar ten opzichte van de Amerikaanse begripsvorming wel een terugkeer naar de gedachte van eenpolige soevereiniteit.

Het moge inmiddels duidelijk zijn dat de Duitse juristen die federalisme tegen het einde van de negentiende eeuw volledig uit de sfeer van het internationale recht trokken, zich geconfronteerd zagen met een reëel constitutioneel dilemma. Theoretisch is het lastig om van twee walletjes te eten, zoals James Madison onder het pseudoniem *Publius* in *Federalist* nr. 39 liet geloven. Lastig of

⁶ Zie Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, 14; Amar, *America's Constitution*, 27 e.v.

⁷ Zie Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, 18, die uitlegt dat John Locke om deze reden de derde macht binnen zijn *trias* – de bevoegdheid tot het onderhouden van buitenlandse betrekkingen – ‘federatieve’ macht noemde.

⁸ In *Federalist* nr. 39, over de ‘conformity of the plan to republican principles’, maakt James Madison een nauwkeurig onderscheid tussen enerzijds federale principes, die verbonden zijn aan de gedachte van ‘the union as a *confederacy* of sovereign states’, en anderzijds nationale principes, die verbonden zijn aan de gedachte van ‘the union as a *consolidation* of the states’. Door beide elementen in de grondwet op te nemen, kwam volgens Madison een document tot stand dat ‘in strictness, neither a national nor a federal constitution’ was ‘but a composition of both’.

⁹ Zie wederom Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, 30-36, op wie in dit gedeelte wordt geleund. Vgl. ook Oeter, ‘Federalism and Democracy’.

HOOFSTUK 9

niet, feit is dat veel Amerikanen gedurende een lange periode wel in de overtuiging leefden dat de ‘Founding Fathers’ erin waren geslaagd in een constitutioneel experiment om de soevereiniteitsvraag te verdoezelen. In ieder geval tot aan de Amerikaanse burgeroorlog is het bijgevolg onmogelijk om met grote klaarheid te zeggen of de federale grondwet een soevereine staat vestigde, zoals vandaag vrij algemeen wordt aangenomen. Iemand die dit scherp zag, was Carl Schmitt. Onder directe verwijzing naar de beginjaren van de Verenigde Staten veegde Schmitt de vloer aan met Duitse staatsrechtjuristen uit de keizertijd, zoals Laband, die de indruk wekten dat alle federaal ingestelde verbanden eenvoudigweg gereduceerd konden worden tot ofwel federale staat ofwel statenbond. Er zijn situaties denkbaar, aldus Schmitt, waarin de vraag naar soevereiniteit, dat wil zeggen de vraag naar wie in grensgevallen beslist, open ligt. En:

‘Es kann nur verwirren und ist keine Lösung der schwierigen Frage, wenn man hier eine Unterscheidung erstens zwischen Staatenbund und Bundesstaat zu Hilfe nehmen will und mit der herrschenden Lehre des deutschen Staatsrechts sagt, in einem Staatenbunde seien die einzelne Staaten, in einem Bundesstaat die Staatengesamtheit als solche *souverän*. Das ist, bei richtiger Erkenntnis der Bedeutung eines existentiellen Konflikts und des Wesens der souveränen Entscheidung überhaupt keine Antwort. (...) Es gehört aber zum Wesen des Bundes, daß die Frage der Souveränität zwischen Bund und Gliedstaaten immer offenbleibt, solange der Bund als solcher neben den Gliedstaaten als solchen existiert.’¹⁰

Zoals uit deze passage blijkt, is een echte federatie – een *Bund* – volgens Schmitt kennelijk iets anders dan een federale staat – een *Bundesstaat*. De laatste vorm, aldus de Duitse staatsrechtgeleerde, is, vanwege het feit dat hierin over de soevereiniteitsvraag is beslist ten gunste van het centrale overheidsverband, in feite een veredelde eenheidsstaat. Een federatie daarentegen – de Verenigde Staten tot aan de Burgeroorlog,¹¹ de Noord-Duitse Bond van 1867 – kenmerkt zich door de omstandigheid dat de soevereiniteitsvraag openligt.

De gedachte dat federalisme een middenpad vertegenwoordigt tussen de smaken staat en internationale organisatie, zoals in de Verenigde Staten door Madison werd aangehangen en aan het begin van de twintigste eeuw in Europa door Schmitt werd afgestoft, is aan een revival bezig. Zo kan althans worden opgemaakt uit een reeks van publicaties die de afgelopen jaren zijn verschenen.¹² In de meeste van deze publicaties wordt geprobeerd af te rekenen met het,

¹⁰ Schmitt, *Verfassungslehre*, 372-373.

¹¹ Zie Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, 29-30; 70, over de vraag in hoeverre de *Bund*-idee ook vandaag nog in de VS wordt aangehangen.

¹² Zie, naast menig werk van de hierboven al meermaals genoemde Robert Schütze, o.a. Schönberger, ‘Die Europäische Union als Bund: Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas’, 129 *Archiv des öffentlichen Rechts* (2004) 81; Olivier Beaud, ‘Europa als Föderation? Relevanz und Bedeutung einer Bundeslehre für die Europäische Union’, Vortrag an der Humboldt-Universität, 23 juni 2008 (FCE 5/08); Elke Cloots,

historisch bezien dus aan het einde van de negentiende eeuw opgekomen beeld dat een koppeling van het Europese integratieproces aan federalisme de Unie in een spoor terechtrecht dat regelrecht afstevent op het eindstation van een superstaat. Federalisme, is de teneur in deze recente literatuur, valt eerder juist bij uitstek te beschouwen als een beginsel dat recht kan doen aan de meerlagige organisatiestructuur van de EU en aan de convergerende en divergerende krachten die binnen deze structuur werkzaam zijn. Zo bezien is de EU geen vreemde eend in de bijt, die de hulp van een nieuw paradigma, constitutioneel pluralisme, nodig maakt, maar vormt zij, in de woorden van Robert Schütze, misschien wel ‘the best manifestation of ‘true’ federalism that presently exists in positive law’.¹³

Vanaf het moment dat wordt aanvaard dat de EU, in constitutionele zin, past in een historisch rijke traditie – allerm minst een unieke ‘staatsvorm’ heeft – kan een schat aan waardevolle inzichten vrijkomen, die nu goeddeels verborgen blijven. In algemene zin biedt de notie van federalisme een lens om in te zoomen op de in de Unie spelende problematiek van eenheid en verscheidenheid, zonder hierover perplex te staan. Ja, de EU is een unie van zowel staten als burgers. Hier is, zoals wel is beweerd, echter niets ‘unprecedented’ aan.¹⁴ Een duaal burgerschap is zelfs een vrij gewoon fenomeen in federale entiteiten.¹⁵ Wat wellicht zonder precedent is, is de manier waarop burgerschap en grondrechten in de jurisprudentie van het Hof nog vaak gescheiden concepten blijven.¹⁶ Of de manier waarop het principe van duale democratie in de EU vorm heeft gekregen en nog steeds vorm krijgt.¹⁷ Of, in het verlengde van dit laatste, de manier waarop wordt omgegaan met klassieke concepties omtrent de *trias politica*.¹⁸ Wie

Geert de Baere en Stefan Sottiaux (red.), *Federalism in the European Union* (Oxford: Hart Publishing 2012). Waarschijnlijk niet toevallig zijn de meeste van deze publicaties afkomstig van auteurs uit landen met een federale traditie, Duitsland en België. Vgl. in dit verband Everling, ‘The European Union as a Federal Association of States and Citizens’, 734.

¹³ Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, 73.

¹⁴ Hoeksma, ‘The EU as a democratic polity in international law’, 16. Vgl. voor wat betreft dit punt ook Schönberger, ‘Die Europäische Union als Bund’, 83. Zie ter illustratie van het geenszins ‘unprecedented’ karakter van een unie van staten en burgers bijvoorbeeld ook de Zwitserse constitutie. Volgens de preambule en art. 1 van die constitutie is zij het product van het Zwitserse volk en de kantons.

¹⁵ Zie Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, 66, vn. 218. Maar vgl. ook Amar, *America’s Constitution*, 381. (Zie reeds vn. 50 in hfdst. 8).

¹⁶ Vgl. Aida Torres Pérez, ‘The Dual System of Rights Protection in the European Union in Light of US Federalism’, in: Cloots, De Baere en Sottiaux, *Federalism in the European Union*, 116-121. Zie ook de in hfdst. 6, bij vn. 116, gemaakte opmerking over de analyse over grondrechten van A-G Sharpston in Ruiz Zambrano.

¹⁷ Vgl. *supra*, § 7.3.2.

¹⁸ Vgl. D. Curtin, ‘EU constitution as architecture: separation of powers in the twenty-first century’, in: J.H. Reestman, A. Schrauwen, M. van Montfrans en J. Jans (red.), *De regels en het spel: opstellen over recht, filosofie, literatuur en geschiedenis aangeboden aan Tom Eijssbouts* (Den Haag: T.M.C. Asser Press 2011) 123-133.

HOOFSTUK 9

bereid is zulke kenmerken van de Unie tegen een achtergrond van federalisme te plaatsen, zal echter merken dat hun specificiteit relatief van aard is. En die kan door middel van rechtsvergelijking proberen vast te stellen in hoeverre de Europese aanpak nu werkelijk afwijkt van andere federale ervaringen en of deze aanpak optimaal de door de Unie nagestreefde balans tussen eenheid en verscheidenheid verzekert.¹⁹

Dit gezegd hebbende, dient evenzeer benadrukt te worden dat het paradigma van federalisme geen panacee is voor de conceptuele problemen waar de Unie mee worstelt. Het geeft geen uitsluitsel wat betreft het dilemma van soevereiniteit. Schütze, die een uitvoerig pleidooi heeft geschreven voor toepassing van federalisme op de EU, maakt op uit de Amerikaanse federale traditie dat soevereiniteit kan worden gedeeld.²⁰ Schmitt, iemand op wie Schütze zich expliciet verlaat bij de uiteenzetting van zijn federale these, hamert er in zijn *Verfassungslehre* echter terecht op dat daarvan nooit sprake kan zijn. 'Eine Teilung liegt deshalb nicht vor, weil der Konfliktfall, der die Frage der Souveränität bestimmt, die politische Existenz als solche betrifft und die Entscheidung im einzelnen Falle immer dem einen oder dem anderen ganz zusteht.'²¹ Madison, de voornaamste geestelijke vader van het Amerikaanse gemengde model, zag dit waarschijnlijk anders.²² Tijdgenoten van hem wezen evenwel reeds op het problematische karakter van de premisse van gedeelde soevereiniteit. Zo verhaalt Amar in zijn briljante biografie van de Amerikaanse grondwet over Patrick Hen-

¹⁹ Een terrein waarop rechtsvergelijkende analyse bijvoorbeeld erg nuttig is, is dat van buitenlandse betrekkingen. Op dit punt wordt namelijk goed het afwijkende karakter van Europees federalisme zichtbaar. Zie J.H.H. Weiler, 'The external legal relations of non-unitary actors: mixity and the federal principle', in: *ibid.*, *The Constitution of Europe*, 130-218; Robert Schütze, 'Federalism and Foreign Affairs: Mixity as a (Inter)national Phenomenon', in: Christophe Hillion en Panos Koutrakos (red.), *Mixed Agreements Revisited* (Oxford: Hart Publishing 2010) 57-86; Geert de Baere en Kathleen Gutman, 'Federalism and International Relations in the European Union and the United States: A Comparative Outlook', in: Cloots, de Baere en Sottiaux, *Federalism in the European Union*, 131-165.

²⁰ Zie in dezelfde zin ook Schönberger, 'Die Europäische Union als Bund'; Oeter, 'Souveränität'.

²¹ Schmitt, *Verfassungslehre*, 378. Zie ook *supra*, § 7.2.

²² In de *Federalist Papers*, in het bijzonder nrs. 39 en 62, appelleert Madison wel aan de idee van gedeelde soevereiniteit, maar spreekt hij haar nergens uit. Dit doet hij later wel, bijvoorbeeld helemaal aan het einde van zijn leven, in 1835, in zijn 'Essay on Sovereignty'. Hierin stelt Madison dat '(i)t has hitherto been understood, that the supreme power, that is, the sovereignty of the people of the States, was in its nature divisible; and was in fact divided, according to the Constitution of the U. States, between the States in their United, and the States in their individual capacities (...), forming thus a mixed Govt. with a division of its attributes as marked out in the Constitution.' Madison noteerde echter ook dat dit beeld in toenemende mate concurrentie kreeg van een doctrine 'which supposes that Sovereignty is in its nature indivisible; that the Societies denominated States, in forming the constitutional compact, of the U. States acted as indivisible Sovereignties (...)' Zie rotunda.upress.virginia.edu/founders/default.xqy?keys=FOEA-chron-1830-1835-12-00-1.

ry, één van de leiders van de anti-federalisten,²³ die zijn publiek in Virginia in een debat over de ratificatie van de constitutie voorhield:

‘The fate (...) of America may depend on this (...). Have they made a proposal of a compact between the states? If they had, this would be a confederation. It is otherwise most clearly a consolidated government. The question turns, sir, on that poor little thing – the expression, We, the *people*, instead of the *states*, of America.’²⁴

Gedeeltelijk past deze uitspraak in het stramien van door Schmitt bekritiseerde juristen als Laband. Met de suggestie dat soevereiniteit in de finale analyse neerkomt op ‘that poor little thing’, de vraag welke ‘wij’ beschikker is van een rechtsorde, was hij het echter niet oneens.²⁵ Hoe dit te verklaren? Want wat is dan de uitleg voor het standpunt van Schmitt dat de *Bund*, de federatie, een aparte constitutionele vorm is naast de meer gangbare fenomenen bondsstaat en statenbond?

Aan deze vragen is de volgende paragraaf gewijd. Hier zij alvast verklapt dat de redenering van Schmitt niet over de gehele breedte kan standhouden. In lijn met wat in het vorige hoofdstuk werd gezegd over unitaire rechtsordes met hetzelfde object die in een parallelle werkelijkheid ten opzichte van elkaar kunnen bestaan, zal hieronder worden betoogd dat de *Bund* geen loot is van dezelfde constitutionele boom waar de bondsstaat en statenbond van afkomstig zijn. Eerder is hij te beschouwen als een fusieproduct – als het optische resultaat van het over elkaar heen schuiven van twee van zulke unitaire rechtsordes. Dit maakt

²³ Anti-federalisten waren mensen die zich keerden tegen het ontwerp van de Amerikaanse grondwet dat in 1787 in Philadelphia was uitgedokterd. Zie hier hoe snel het etymologische tik kan keren. Voor de term anti-federalisme werd gekozen in reactie op de *Federalist Papers*, de pamfletten waarin Madison, Hamilton en Jay anoniem opriepen tot steun voor de ontwerp-constitutie. ‘Federalist’ was hier al een wat bijzonder adjectief, vooral omdat Madison zelf in de Papers de notie nog primair gebruikt om te verwijzen naar ‘states rights’. Bij tegenstanders van de ontwerp-constitutie krijgt het woord federalisme vervolgens een connotatie die volledig is tegengesteld aan wat geruime tijd daarvoor gangbaar was.

²⁴ Amar, *America’s Constitution*, 35. Vgl. ook Wood, *The Creation of the American Republic*, 524-532. Volgens deze auteur van een beroemde studie over het ontstaan van de Amerikaanse Republiek gedurende de jaren 1776-1787, was het discours over gedeelde soevereiniteit dat door Madison c.s. werd opgestart zelfs een reactie op de felle kritiek van anti-federalisten op de ontwerp-constitutie die in 1787 in Philadelphia werd vervaardigd. Op deze manier probeerden federalisten de zorgen van anti-federalisten over ‘one great, consolidated, national government, of the people of all the states’ weg te nemen, en zo de kansen op ratificatie te vergroten. Voor die tijd was Madison volgens Wood helemaal niet zo begaan met het lot van de staten. ‘As late as the spring of 1787’, schrijft Wood, ‘Madison (...) showed little comprehension of a political system in which the national and state governments would coexist as equal partners. His “middle ground” in 1787 was not the federalism of 1788, but meant rather a “due supremacy of the national authority” with “the local authorities” left to exist only “in so far as they can be subordinately useful”.’

²⁵ Zie *supra*, § 2.3.

HOOFSTUK 9

het concept niet minder waardevol. Schmitt heeft volledig gelijk waar hij collega-juristen verwijt dat het ‘verfassungstheoretische Grundproblem’ van federalisme helemaal niet ‘zum wissenschaftlichen Bewußtsein’ doordringt, waar zij elke federale constructie ondubbelzinnig willen kunnen indelen in ofwel de categorie bondsstaat ofwel de categorie statenbond.²⁶ Het recht kan schemerfiguren opleveren.²⁷ Scheppers van recht – *founding fathers*, grondwetgevende vergaderingen, partijen bij een verdrag, kortom, zij die namens een *pouvoir constituant* spreken – kunnen dit zelfs bewust doen. Wie in de schemering op zoek gaat naar de bron van het gezag, zal op een gegeven moment echter bij een splitsing aankomen. En daar zal hij merken dat een tussensfeer niet blijkt te bestaan.²⁸

9.3 Het concept federatie volgens Carl Schmitt

Wat Schmitt onder een *Bund* verstaat, bespreekt hij aan het einde van zijn *Verfassungslehre*, nadat hij eerst uitvoerig zijn licht heeft laten schijnen over de betekenis van begrippen als constitutie, rechtsstaat en democratie. Aan de wieg van de *Bund*, aldus Schmitt, staan staten. Het interstatelijke contact is in dit geval echter niet vrijblijvend. Weliswaar berust een *Bund* volgens Schmitt net als gewone verdragen op een ‘freie Vereinbarung’, anders dan gewone verdragen brengt de overeenkomst waarbij de *Bund* wordt opgericht een ‘dauerende Vereinigung’ teweeg. Ook zorgt de overeenkomst ervoor dat de constituties van de partij-staten inhoudelijk gewijzigd worden. ‘Der Bund’, betoogt Schmitt, ‘begründet einen neuen Status jenes Mitgliedes; der Beitritt zu einem Bund bedeutet für das eintretende Mitglied immer eine Änderung seiner *Verfassung*.’²⁹ Hoe dit kan? Dat zit hem volgens Schmitt in de ratio van een federatie; namelijk, het gemeenschappelijke doel van het politieke zelfbehoud van alle lidstaten. Als gevolg hiervan zou ‘der politische Gesamtstatus jedes einzelnen Bundesmitgliedes im Hinblick auf den gemeinsamen Zweck’ veranderen, en worden de staten ‘einem politischen Gesamtsystem eingeordnet.’³⁰ Het verdrag waarbij de

²⁶ Schmitt, *Verfassungslehre*, 366.

²⁷ Vgl. pogingen in met name de 19^e eeuw om monarchie en volk met elkaar te verzoenen: in Frankrijk tijdens de juli-monarchie van 1830-1848 (Guizot); in Nederland met het grondwettelijke systeem dat in 1814/1815 tot stand kwam. Art. 81 Gw, dat de wetgevende macht opdraagt aan Kroon en Staten-Generaal gezamenlijk, is een overblijfsel van deze gedachte.

²⁸ Overigens is het ook in eenheidsstaten conceptueel erg lastig om ooit bij de bron van de wet te komen. Dit vanwege de onontkoombaarheid van politieke representatie. Zie Hoogers, *De verbeelding van het soevereine*, die dit probleem aan het begin van zijn dissertatie verbeeldt met een verwijzing naar Kafka’s ‘Vor dem Gesetz’.

²⁹ Schmitt, *Verfassungslehre*, 366.

³⁰ Ibid., 366 resp. 367.

bond tot stand komt, is dan ook niet zomaar een verdrag, maar een verdrag met ogenschijnlijk magische eigenschappen, een ‘Verfassungsvertrag’.³¹ Waar eerst enkel op het niveau van de lidstaten gesproken kon worden van ‘politische Existenz’, resulteert sluiting van het bondsverdrag erin dat er nog zo’n niveau bijkomt.

Magie komt er misschien niet aan te pas bij een bondsverdrag. Maar datgene waar een dergelijke overeenkomst toe leidt – een ‘Dualismus der politischen Existenz’ – valt op zijn minst als een paradox te kwalificeren. Immers, zo erkent ook Schmitt: ‘Der Bund bezweckt die Selbsterhaltung, d.h. die Erhaltung der politischen Selbständigkeit jedes Mitgliedes. Andererseits bringt die Zugehörigkeit zu einem Bunde eine Minderung dieser Selbständigkeit mit sich (...)’.³² Verder – en hier belanden we bij een punt dat in de vorige paragraaf reeds werd aangestipt – ligt er een tegenstrijdigheid besloten in het feit dat Schmitt beargumenteert dat iedere federatie ‘als solcher, unabhängig von der Unterscheidung Staatenbund oder Bundesstaat, einen Gesamtwillen und politische Existenz’ heeft.³³ Wat een *Bund* kenmerkt, aldus Schmitt, is dat hierin ‘zwei Arten politischer Existenz *nebeneinander*’ bestaan.³⁴ Een *Bund* is, afgaande op Schmitt, dus in fundamentele zin heterarchisch van aard, evenals de pluralistische theorieën van vandaag.³⁵ ‘Weder sind die Mitgliedstaaten einfach subordiniert, Untergebene des Bundes, noch ist der Bund ihnen subordiniert und untergeben.’³⁶ Dit evenwicht is op het oog echter zeer fragiel. Het rust uiteindelijk namelijk op een constitutionele onmogelijkheid. Zoals Schmitt zelf citeert: ‘Il ne peut y avoir deux unités, car l’essence de l’unité c’est d’être une.’³⁷ Anders dan sommige pluralisten en federalisten die de mogelijkheid van gedeelde soevereiniteit omarmen, wenst Schmitt dus niet werkelijk concessies te doen aan de noodzaak van eenheid. Maar hoe is het dan toch mogelijk dat hij uitkomt bij de slotsom dat een federatie een eigen politiek bestaansrecht heeft, onafhankelijk van de constitutionele levensvormen statenbond en bondsstaat?

In tegenstelling tot pluralisten zoals Maduro en Walker, die zoals uitvoerig aan de orde is gekomen, ook de uitgangspunten van eenheid en heterarchie met elkaar proberen te verzoenen, kan Schmitt niet terugvallen op aan het natuurrecht verwante constructies. Daarvoor is de Duitse staatsrechtgeleerde teveel

³¹ Ibid., 368; 60-61. Vgl. *supra*, § 5.3.

³² Ibid., 370.

³³ Ibid., 371.

³⁴ Ibid. (cursivering van mij, JWvR).

³⁵ In die zin is het dan misschien ook niet verrassend dat Schmitt, toch iemand die vaak geschuwd wordt vanwege zijn staatsrechtelijke opvattingen, regelmatig door aanhangers van de pluralistische school wordt aangehaald. Zie instemmend bijv.: Kumm, ‘Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?’, 385; Barents, ‘De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme’, 51.

³⁶ Schmitt, *Verfassungslehre*, 371.

³⁷ Ibid., 373 (Schmitt citeert hier Max von Seydel, die op zijn beurt de Franse jurist Léon aanhaalt).

HOOFSTUK 9

gecommitteerd aan het element politiek. Het is dit element waar Schmitt zich dan ook aan vastklampt om op het hierboven beschreven evenwichtskoord te kunnen balanceren. De reden dat een *Bund* stabiel en permanent kan zijn – niet op de klippen loopt ten gevolge van een eruptie van de soevereiniteitsvraag – is bij Schmitt *zijnsmatig* van aard. Zij

‘liegt darin, daß jeder Bund auf einer wesentlichen Voraussetzung beruht, nämlich der Homogenität aller Bundesmitglieder, d.h. auf einer substantiellen Gleichartigkeit, welche eine konkrete, seinsmäßige Übereinstimmung der Gliedstaaten begründet und es bewirkt, daß der extreme Konfliktfall innerhalb des Bundes nicht eintritt.’³⁸

Met andere woorden: ook in een bond kan het fenomeen van (ondeelbare) soevereiniteit zich openbaren, maar zolang de leden onderling genoeg wezenlijke gelijkenissen vertonen – Schmitt refereert aan religie, beschaving, sociale factoren – zal dit niet gebeuren.³⁹

Opvallend aan zijn *Bund*-these – en meestal niet opgemerkt in hedendaagse verhandelingen die op deze these voortbouwen – is dat Schmitt deze alleen duurzaam van toepassing acht op entiteiten die worden beheerst door andere beginselen dan dat van volkssoevereiniteit. Simpel gezegd: democratie en federalisme zouden niet verenigbaar zijn.⁴⁰ Dit is een vrij boude bewering; één die in een tijdperk waarin het monarchische beginsel betrekkelijk weinig weerklank vindt, de doodsteek zou zijn voor een interpretatie van federalisme die verder reikt dan de staat. Zij kan gelukkig niet standhouden. Anders dan je zou verwachten, heeft dat niet in de eerste plaats te maken met Schmitts oordeel dat er tussen federalisme en democratie een serieus spanningsveld hangt. Dat oordeel is in de kern namelijk juist.⁴¹ Dit spanningsveld is evenwel niet wezenlijk anders dan in het geval federalisme en monarchie worden gecombineerd. Bovendien is het minder fataal dan Schmitt veronderstelt. Waar zijn redenering spaak loopt, is, kort gezegd, in een te hoog gespannen verwachting over de mogelijkheid om crisis in een *Bund* te bezweren. Deze te hoog gespannen verwachting, op haar beurt, vindt weer haar oorsprong in een wat merkwaardige begrenzing van het leerstuk van soevereiniteit.

Deze argumentatielijn behoeft enige uitleg. Die uitleg begint met een weergave van de redenering van Schmitt waarom federalisme en democratie moeilijk met elkaar te verzoenen zouden zijn. De angel van deze redenering ligt besloten

³⁸ Ibid., 375-376.

³⁹ Ibid., 379 (‘(I)nfolge jener substantiellen Homogenität kann der entscheidende Konfliktfall zwischen *Bund* und *Gliedstaaten* nicht eintreten, so daß weder der *Bund* gegenüber dem *Gliedstaat* noch der *Gliedstaat* gegenüber dem *Bund* den Souverän spielt. Die Existenz des Bundes beruht vollständig darauf, daß dieser Konfliktfall seinsmäßig ausgeschlossen ist.’)

⁴⁰ Ibid., 388-391; 65-66.

⁴¹ *Supra*, § 7.3.1.

in de overweging dat het beginsel van democratie volgens Schmitt, net als de *Bund* zelf, valt of staat met homogeniteit.⁴² Want, zo betoogt hij,

‘(b)ildet sich nun ein Bund demokratischer Staaten, so ist die notwendige Folge, daß die demokratische Homogenität mit der Bundes-Homogenität zusammenfließt. Deshalb liegt es in der natürlichen Entwicklung der Demokratie, daß die homogene Einheit des Volkes über die politischen Grenzen der Gliedstaaten hinweggeht und den Schwebezustand des Nebeneinanderbestehens von Bund und politisch-selbständigen Gliedstaaten zugunsten einer durchgängigen Einheit beseitigt.’⁴³

Ter illustratie wijst Schmitt op de Verenigde Staten en het Duitse Rijk. Naarmate de democratie zich in deze landen sterker ontwikkelde, zou ook de politieke zelfstandigheid van de deelstaten verzwakt zijn. Totdat deze claim op zelfstandigheid knapte; in het geval van de Verenigde Staten rond 1860, op het slagveld, onder aanroeping door Abraham Lincoln van het motto ‘one nation, indivisible’; in het geval van het Duitse Rijk toen, in het vacuüm dat de Eerste Wereldoorlog naliet, de jarenlang zorgvuldig gecultiveerde maar ook teruggehouden Duitse natie het heft zelf in handen nam.

Waarin is nu precies de denkfout gelegen? Het klopt dat van democratie bij een grote mate van homogeniteit een opwaartse druk uitgaat die moeilijk door juridische obstakels kan worden tegengehouden. Problematischer is de veronderstelling dat deze potentialiteit van crisis, met een beroep op hetzelfde zijnsmatige element van homogeniteit, kan worden uitgebannen in een bond die niet op democratische grondslagen is gebouwd. Als gezegd, kan soevereiniteit volgens Schmitt met succes worden geneutraliseerd indien bepaalde feitelijke factoren in de delen min of meer gelijk zijn. Is dat het geval, aldus Schmitt – en speelt ‘weder der Bund gegenüber dem Gliedstaat noch der Gliedstaat gegenüber dem Bund den Souverän’⁴⁴ – dan verliest soevereiniteit haar verklarende werking, en bevindt men zich in een normatief construct dat existentieel kan worden onderscheiden van de figuren statenbond en bondsstaat.⁴⁵ Uit deze gedachtengang volgt dat soevereiniteit kennelijk een kwaliteit is die alleen maar opleeft ingeval van een conflict. Zij valt zo niet per se samen met wat Schmitt ‘politische Existenz’ noemt.⁴⁶ Deze opvatting verdient kritiek. Zoals elders uitvoerig uiteen is gezet, wijst de aanwezigheid van twee politieke gezagsbronnen juist op rivaliserende claims op soevereiniteit.⁴⁷ En in dat geval is moeilijk voorstelbaar dat de bond, zoals Schmitt beweert, als een onafhankelijke vorm norma-

⁴² Vgl. *supra*, § 2.3.2.

⁴³ Schmitt, *Verfassungslehre*, 388.

⁴⁴ *Ibid.*, 379.

⁴⁵ Zie in gelijke zin ook Schönberger, ‘Die Europäische Union als Bund’, 106-109.

⁴⁶ Schmitt, *Verfassungslehre*, 371 (‘Die Frage der Souveränität ist nun die Frage der Entscheidung eines existentiellen Konflikts.’)

⁴⁷ *Supra*, § 5.8.2; § 7.5.4; § 8.3.3-8.3.4.

HOOFSTUK 9

tief kan zijn. Zijnsmatige homogeniteit kan het vraagstuk van soevereiniteit misschien wel verdoezelen, maar nooit werkelijk opschorten in de zin dat in een perspectiefwisseling van *Sein* naar *Sollen* gesteld kan worden dat hiërarchie heeft plaatsgemaakt voor heterarchie.

Een mooi voorbeeld dat dit wat abstracte punt kan verhelderen, is de kritiek die Schmitt tijdens zijn bespreking van de bondstheorie uit op de leer van John Calhoun, in het eerste kwart van de negentiende eeuw een van de meest invloedrijke politici in Washington en later de constitutionele spreekbuis van de zuidelijke staten. Een van de belangrijkste thesen van Calhoun, zo legt Schmitt uit, betrof de leer van de 'state rights', zelfstandige soevereine rechten van de staten. Calhoun betoogde dat deze rechten of bevoegdheden alleen konden worden beperkt voor zover dit uitdrukkelijk in de federale grondwet was bepaald. Het ging Calhoun, stelde Schmitt, hierbij niet zomaar om een uitlegregel, maar werkelijk om het vermoeden van onbegrensde aan de kant van de staten; 'die Fülle der Staatsgewalt'. Deze leer nu, kritiseerde Schmitt, was echter 'unrichtig, weil sie die Gliedstaaten als souverän, den Bund als nicht souverän hinstellt, was der Eigenart des Bundes ebensowenig gerecht wird wie die umgekehrte Behauptung'.⁴⁸

Wat Schmitt hier doet, komt in essentie overeen met de aanpak van veel pluralisten. Een constructie die intellectueel wordt opgetuigd ter dekking van situaties waarin tegengestelde geluiden over de bron van gezag te horen zijn, wordt vervolgens zelf ingezet om zulke geluiden te smoren. Dit oogt echter weinig consistent. Juist omdat de federatie haar oorsprong vindt in het feit dat er onenigheid of onduidelijkheid bestaat over de vraag naar soevereiniteit, ligt het in de rede dat die vraag, zoals Calhoun met zijn 'state rights' deed, te allen tijde kan worden gesteld. Vanwege deze in nevelen gehulde oorsprong mist een bond namelijk een archimedisch punt van waaruit besloten kan worden over de juistheid van bepaalde aannames over de inrichting van het constitutionele bestel.⁴⁹ Met andere woorden: de essentie van een *Bund*, dat hij berust op een politiek dualisme, heeft onvermijdelijk gevolgen voor de interpretatie van het positieve recht. Mensen die de status quo verkiezen boven een, binnen de grenzen van het conceptueel mogelijke, eenduidig antwoord op de soevereiniteitsvraag, kunnen slechts hopen dat het sociale weefsel in een bond sterk genoeg is, en de juridische normen en procedures die het bouwwerk stutten effectief genoeg zijn, om haar te behouden. Indien, zoals in de tijd van Calhoun bijvoorbeeld in de

⁴⁸ Schmitt, *Verfassungslehre*, 374.

⁴⁹ In institutionele zin realiseert Schmitt zich dit ook. Zo stelt hij dat in het geval de soevereiniteitsvraag wordt opgeworpen deze vraag 'nicht in einem justizförmigen Verfahren gelöst werden' kan. Want: 'Entweder ist eine solche Instanz eine Stelle des Bundes oder die Stelle eines oder mehrerer Gliedstaaten; immer ist sie Partei.' Hiermee verwerpt Schmitt de later, in het kader van het integratieproces, door Joseph Weiler opgelaten proefballon voor een Europees constitutioneel hof, bestaande uit leden van de zittende magistratuur van zowel de Unie als de lidstaten, om te oordelen over *Kompetenz-Kompetenz* vraagstukken.

Verenigde Staten gebeurde, serieus ter discussie komt te staan welke rechter – federaal of statelijk – het laatste woord heeft over de uitleg van federale normen, dan lijkt daar echter geen kruid tegen gewassen.⁵⁰

In de EU laat deze problematiek zich momenteel voelen in de affaire over een recent aangenomen nieuwe grondwet in Hongarije.⁵¹ Centraal in deze kwestie staat de vraag of een reeks van constitutionele bepalingen en amendementen, die volgens critici op gespannen voet staan met het beginsel van de democratische rechtsstaat, wel de toetssteen kunnen doorstaan van artikel 2 VEU. In een federale *staat* zou een dergelijk probleem juridisch gezien betrekkelijk eenvoudig op te lossen moeten zijn. Daarin wordt in beginsel door de rechtsgenoten aanvaard dat de vraag welke eisen de democratische rechtsstaat stelt, in laatste instantie volgt uit de federale grondwet, die op haar beurt in laatste instantie wordt uitgelegd door federale organen, meestal een federaal hooggerechtshof.⁵² Binnen de EU is deze vanzelfsprekendheid er niet. Weliswaar voorziet het Unieverdrag in procedures om Hongarije terug te fluiten en eventueel zelfs te veroordelen voor haar handelwijze inzake de nieuwe grondwet,⁵³ van echte acceptatie door Hongarije van een eventueel oordeel dat het land in strijd heeft gehandeld met de democratie, zal waarschijnlijk geen sprake zijn.⁵⁴ Wat de Hongaren betreft, refereert het in artikel 2 VEU genoemde beginsel namelijk uiteindelijk aan het eigen zelfbeschikkingsrecht. Dit argument zal op Europees niveau echter weer afketsen. De waarden die in artikel 2 VEU worden genoemd, zijn in pretentie namelijk ook Europese, en dus buiten het zelfbeschikkingsrecht van de lidstaten om definieerbare waarden.

In de Hongaarse kwestie vormt artikel 2 VEU, zou je kunnen stellen, een splijtzwam. Normaal gesproken zal de bepaling echter samenbindend moeten werken; als waarborg én als uiting van homogeniteit.⁵⁵ Als we Schmitt mogen geloven, zou deze insteek op de lange termijn niet werken. Als een bepaling

⁵⁰ Zie de juridische strijd aan het begin van de 19^e eeuw tussen het federale Supreme Court en het hoogste gerecht uit Virginia rondom *Martin v Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816). Vgl. in dit verband F. Thornton Miller, 'John Marshall versus Spencer Roane: A Reevaluation of *Martin v Hunter's Lessee*', 96 *The Virginia Magazine of History and Biography* (1988) 297, waarin wordt beschreven dat deze strijd ook nooit op een juridische manier is opgelost. Zie ook Steve J. Boom, 'The European Union after the *Maastricht* Decision: Will Germany Be the "Virginia of Europe?"', 43 *American Journal of Comparative Law* (1995) 177, 191. Vgl. voorts Lindahl, 'European Integration', 252-253.

⁵¹ Zie *supra*, vn. 117 in hfdst. 7.

⁵² Zo betwist in de Verenigde Staten sinds de burgeroorlog niemand meer serieus, zoals inder tijd tijdens de strijd rondom *Martin v Hunter's* nog wel het geval was, dat federale organen het primaat hebben om de federale grondwet uit te leggen.

⁵³ In het Unieverdrag wordt voor schendingen van art. 2 VEU expliciet verwezen naar de procedure van art. 7 VEU. Formeel lijkt er echter ook geen beletsel om bij een dergelijke schending een infractieprocedure ex art. 258 VWEU te starten.

⁵⁴ Vgl. euobserver.com/opinion/119692.

⁵⁵ Vgl. de eerder, in vn. 154 van hfdst. 6, genoemde uitspraak van het Spaanse *Tribunal Constitucional* over de grondwettigheid van het Grondwettelijk Verdrag.

HOOFSTUK 9

zoals artikel 2 VEU werkelijk terug zou wijzen naar een homogene Europese bevolking, zullen de lidstaten op een dag ontwaken als niet-soevereine staten, vergelijkbaar met de Duitse of Amerikaanse deelstaten. Dit perspectief negeert echter de paradox van constitutionalisme. De verhouding tussen recht en politiek is wederkerig van aard. In samenhang met bepalingen als artikel 10 VEU en artikel 20 VWEU, is artikel 2 VEU een bepaling waarin een representatie plaatsvindt van een Europese politieke gemeenschap die, om Lindahl te parafraseren, daaraan vooraf gaat ‘by dint of coming second’.⁵⁶ Als zodanig bewerkt zij Europese eenheid of probeert zij dit te bewerken. De bepaling impliceert *niet* automatisch dat een in enige mate homogene Europese *demos*, zoals Schmitt zou zeggen, ook als ‘realgegenwärtige Größe’ voorhanden is of binnenkort zal zijn. Waar hierboven Schmitt werd aangesproken op zijn onderschatting van de potentialiteit van crisis in een *Bund*, volgt hier dus een relativering van zijn waarschuwing dat federalisme en democratie niet samengaan. Van het constituerende subject dat achter de horizon van het recht verscholen ligt, zal altijd een bepaalde destabiliserende werking uitgaan. De afhankelijkheid van dit subject van normen zorgt er tegelijkertijd echter voor dat de voorwaarde in een federatie van zijnsmatige homogeniteit niet moet worden overdreven.

9.4 Ratio en aangezicht van de Europese Bund

Zou Schmitt de EU als federatie hebben aangemerkt? Moeilijk te zeggen. Vermoedelijk zou hij problemen hebben gehad met het gebrek aan homogeniteit tussen de volkeren van de Unie. Daar staat tegenover dat ook Schmitt waarschijnlijk niet ontkend zou hebben dat de EU zich wel geregeld als politieke eenheid presenteert en manifesteert. Verder voldoet de EU op een eigentijdse manier ook aan de definitie die hij aan het fenomeen *Bund* meegaf. Ratio daarvan, zo werd eerder beschreven, is het zelfbehoud van de lidstaten. Het middel dat de zes landen die zich in de jaren vijftig aaneensloten in eerst de EGKS en later de EEG kozen om dit doel te bereiken – economische integratie – was tot dan toe wellicht niet zo conventioneel. Schmitt dacht in ieder geval voornamelijk aan een inrichting aan de hand van grote zaken als oorlog en vrede; een focus die halverwege de jaren vijftig met de EPG en de EDG ook voor de Zes in beeld was. De Duitse staatsrechtgeleerde erkende echter dat ook economische verbindingen tot een existentieel politiek bestaan konden leiden.⁵⁷ Hoe dan ook, het lijkt, burgerschapsvertogen even terzijde geschoven, onbetwistbaar dat de lidstaten de Unie al geruime tijd ervaren als vehikel om hen in de wereldorde die

⁵⁶ *Supra*, § 8.3.1.

⁵⁷ Schmitt, *Verfassungslehre*, 365.

na de Tweede Wereldoorlog is opgekomen te laten overleven. Denk in dit verband nog even terug aan de eerste *Lissabon*-uitspraak van het Tsjechische Constitutionele Hof. Hierin plaatste de *Ústavní soud* Europese integratie en de soevereiniteit van de lidstaten heel nadrukkelijk in de sleutel van ‘a new order in the globalized world’.⁵⁸ ‘It is an existential interest of the integrating European civilization’, aldus het Hof, ‘to appear in global competition as an important and respected force’.⁵⁹

Door de eurocrisis is deze overlevingsstrijd helemaal scherp in het vizier gekomen. Veel meer dan voorheen is het hierdoor voor Europese politieke leiders noodzakelijk geworden uit te spreken dat de lidstaten door het lot met elkaar verbonden zijn. In de woorden van de Duitse Bondskanselier Angela Merkel: ‘Bei allem, was wir zur Stabilisierung der Wirtschafts- und Währungsunion in Europa tun, wissen wir, dass dies in der Selbsterkenntnis Europas als Schicksalsgemeinschaft geschieht.’⁶⁰ Tegelijkertijd heeft de crisis uiteraard ook de vraag opgeworpen of de ‘Gesamtwillen’ van de lidstaten sterk genoeg is om als politieke eenheid en daarmee als *Bund* te blijven bestaan. Want is datgene wat op Europees en nationaal gebeurt om de crisis op te lossen wel genoeg? Tonen de gebeurtenissen van de afgelopen jaren niet aan dat voor economische integratie grotere offers zijn vereist dan de lidstaten tot nog toe bereid zijn te leveren? Volgens Schmitt is een kenmerk van een federatie dat zij een ‘dauernde Vereinigung’ is. Ook van de Unie wordt dit meestal gezegd.⁶¹ De kruik gaat echter te water tot zij breekt.

De oorspronkelijke en nog steeds zeer belangrijke economische grondslag van het integratieproces verklaart ondertussen waarschijnlijk wel bepaalde eigenaardigheden van de Europese *Bund*. Een klassieke bond kenmerkt zich door een betrekkelijk heldere afgrenzing van bevoegdheden naar buiten toe.⁶² Niet echter de Unie, waar de lidstaten nog altijd volkenrechtelijk spelers van formaat blijven. Paradoxaal genoeg, zou dit wel eens de redding van de Europese *Bund* kunnen zijn. In het verleden is gebleken dat het bezit van aanzienlijke *externe* bevoegdheden van federale overheden een sterke stimulus kan betekenen voor de geleidelijke verwatering van *interne* bevoegdheden van ‘nationale’ overheden.⁶³ In het kader van het Europese recht is eerder het omgekeerde gebeurd.

⁵⁸ *Supra*, § 7.2.2.

⁵⁹ *Lissabon I* (Us), r.o. 105.

⁶⁰ Zie www.ru.nl/@888934/rede-angela-merkel-1/.

⁶¹ Vgl. art. 53 VEU. Zie ook het HvJ in *Costa/ENEL* (overwegende dat ‘waar de Lid-Staten de rechten en plichten die uit de verdragsbepalingen voortvloeien aan de rechtsorde van de Gemeenschap hebben overdragen, dit impliceert dat hun soevereine rechten *definitief* zijn beperkt...’).

⁶² Vgl. Amar, *America's Constitution*, 43-51; 140-144, die uitlegt dat de belangrijkste reden voor de omvorming van het bestel van de ‘Articles of Confederation’ in dat van de federale constitutie gelegen was in de behoefte aan een gesloten front naar buiten. Vgl. ook Schönberger, ‘Die Europäische Union als Bund’, 101-102.

⁶³ Zie literatuur bij vn. 19 in dit hfdst.

HOOFSTUK 9

Daar hebben interne bevoegdheden van de toenmalige Gemeenschap, op grond van het *implied powers*-leerstuk, aanleiding gegeven voor de (aanvankelijk hoofdzakelijk jurisprudentiële) ontwikkeling van externe bevoegdheden. Inmiddels heeft de Unie op tal van terreinen de bevoegdheid om, al dan niet samen met de lidstaten, verdragen te sluiten en overigens met derde landen buitenlandse betrekkingen te onderhouden. De manier waarop dit gebeurt, zou model kunnen staan voor federalisme in de pure zin van het woord.⁶⁴ Dat gezegd hebbende, is het ontbreken van eenheid in het buitenlands beleid van de Unie ook al jaren een bron van zorg. Zeker rondom internationale crises, zoals de Irak-oorlog of meer recent de Arabische Lente, kan het gebrek aan eenheid onder de lidstaten soms pijnlijk oplichten. Volgens sommige commentatoren is het niet terecht om het succes van het buitenlandse beleid van de EU af te meten aan dergelijke crisissituaties.⁶⁵ Aangezien de uitzondering veel zegt over soevereiniteit, kan een theorie van federalisme hier echter ook weer niet zomaar om heen.⁶⁶

Van de ratio van de EU nu over naar haar aangezicht. Dit aangezicht wordt gekleurd door de hier steeds beleden overtuiging dat soevereiniteit, in de finale analyse, dwingt tot een ‘of-of’-schema. Met die overtuiging wijkt deze studie niet alleen af van de opvattingen van Schmitt, maar ook van de opvattingen van Lindahl, die in algemene zin een belangrijke inspiratiebron vormen voor de these die in dit boek wordt ontwikkeld. Europese integratie, naar de mening van Lindahl, ‘does not entail that popular sovereignty is a zero-sum game. Acknowledging that a European people constitutes the presupposition and the *telos* of an integration process in no way necessitates the emergence of a European Federal State.’⁶⁷ Deze constatering is beweerdelijk maar gedeeltelijk waar. Het klopt dat de veronderstelling van de aanwezigheid van een claim op Europese soevereiniteit de opkomst van een Europese federale staat niet noodzakelijk maakt. Zoals hierboven aan de kaak werd gesteld, is dat alleen maar waar als de homogeniteit van een Europese *demos* een puur *zijnsmatige* aangelegenheid is, *quod non*. Hiermee is echter niet gezegd dat volkssoevereiniteit in existentiële zin geen

⁶⁴ Een beproefd instrument om het arsenaal aan exclusieve en gedeelde bevoegdheden van Unie en lidstaten, dat mettertijd tot stand is gekomen, beheersbaar te maken, is de gemengde overeenkomst; een internationaal verdrag dat zowel door de Unie als door de lidstaten wordt gesloten. De figuur van de gemengde overeenkomst kan in constitutioneel opzicht soms lastige vraagstukken opleveren. Wie trouw wil blijven aan de gedachte van een ‘Dualismus der politischen Existenz’, moet echter niet op eenvoud rekenen. Zie Van Rossem, ‘The EU at Crossroads’.

⁶⁵ Zie e.g. Koutrakos, *EU International Relations Law*, 409-413.

⁶⁶ Zoals de Britse minister van Buitenlandse Zaken William Hague ten tijde van de Arabische crisis strijdvaardig stelde: ‘I have never believed that the EU could or should act as if it were a nation state with a national foreign policy. Any attempt by EU institutions to do so would end in embarrassing failure.’ Zie www.fco.gov.uk/en/news/latest-news/?view=Speech&id=-591702482.

⁶⁷ Lindahl, ‘European Integration’, 253.

‘zero-sum game’ oplevert. Anders dan Lindahl suggereert, lijken een wij-*enkelvoud* – de ‘wij, het Europese volk’ – en een wij-*meervoud* – de ‘wij, de Europese volkeren’ – namelijk wel ‘fundamentally at odds with each other’. Uit de conceptuele noodzaak van eenheid volgt dat een rechtsorde uiteindelijk maar één subject kan verdragen. In de tijd kunnen er ten aanzien van een bepaald normatief object meerdere subjecten ‘opstaan’. Zoals vooral in het vorige hoofdstuk is verdedigd, blijft dit echter niet zonder gevolgen voor het object in kwestie, dat wil zeggen, de rechtsorde die geconstitueerd wordt. Wanneer, zoals in Europa met *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* is gebeurd, naast al bestaande claims op soevereiniteit op het grensvlak van recht en politiek een concurrerende soevereiniteitsaanspraak wordt geuit, wordt daarmee niet op hetzelfde filmdoek een andere projectie van normatief gezag gestart. Eerder is sprake van de presentatie van een geheel nieuwe versie op de toedracht van dit gezag in een ander theater. In die zin bevinden verschillende claims op soevereiniteit, zoals Lindahl beweert, zich dus niet op een ‘constitutional continuum’.⁶⁸

Dat de Europese *Bund*, zoals misschien dus ook wezenlijk is aan federalisme, strikt genomen bestaat bij de gratie van twee vertogen die elkaar uitsluiten, onttrekt zich grotendeels aan het blote oog. Via allerhande constructies, beginselen en uitlegregels lukt het heel goed om te verbloemen dat van mening wordt verschild over het antwoord op de vraag waarom Europees recht geldt. En als zodanig wordt de indruk gewekt dat de Europese rechtsorde gekarakteriseerd wordt door het uitgangspunt van nevenschikking. Of de Europese Verdragen nu in de eerste plaats *Verfassung* dan wel *Vertrag* zijn, verdwijnt in deze setting naar de achtergrond. Veel van de mechanismes die zijn ingesteld en ontwikkeld om de scherpe kantjes van hiërarchie af te halen en Europees federalisme zodoende levensvatbaar te maken, zijn al de revue gepasseerd in dit boek: prejudiciële procedure, verplichting tot loyale samenwerking, de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit, *Solange*-doctrine, integratieclausules in nationale grondwetten en ga zo maar door. Kan hiermee ook gezegd worden dat de constituties van de lidstaten door hun lidmaatschap van de Unie zijn gewijzigd, zoals de *Bund*-these van Schmitt veronderstelt? Geredeneerd vanuit bovenstaand ‘of-of’-schema, valt dit niet direct aan te nemen. Technisch gezien, zijn de Europese Verdragen voor de lidstaten precies wat de naam aangeeft – verdragen – en als zodanig niet goed te onderscheiden van ‘gewone’ verdragen.⁶⁹ Anders dan wat Schmitt zich bij een federatie voorstelt, zijn de Europese Verdragen ook nooit formeel als *Verfassungsvertrag* gesloten. Niettemin zal door het overgrote deel van de lidstaten wel worden onderschreven dat hun constituties door het Europese integratieproces een gedaanteverandering hebben ondergaan. In sommige lidstaten is dit formeel aangegeven, via de zojuist genoemde integratieclausules.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Vgl. de redenering van het Poolse Constitutionele Hof in Zaak K 18/04, 11 mei 2005 (*Toetredingsverdrag*), r.o. 5-6, te raadplegen op trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/-K_18_04_GB.pdf.

HOOFSTUK 9

In andere lidstaten, zoals bijvoorbeeld Nederland, is zonneklaar dat de nationale constituties in inhoudelijk opzicht zijn gewijzigd.

De omstandigheid dat de Europese federatie in zekere zin een zinsbegoocheling is, brengt wel mee dat mechanismes ter bevordering van evenwicht niet werkelijk een brug slaan tussen *Verfassung* en *Vertrag*. Hoezeer dit ook wordt geprobeerd, ‘never the twain shall meet’. Daarbij hebben overbruggingspogingen vaak ook het (onbedoelde) neveneffect dat een kiem wordt gelegd voor verdere versterking van de eigen soevereiniteitsclaim. Neem art. 12 VEU. Hierin wordt gesteld dat nationale parlementen actief bijdragen tot de goede werking van de Unie. De bepaling werd in het VvL opgenomen tegen de achtergrond van het echec van de Europese Grondwet. De lidstaten lieten hiermee weten te begrijpen dat democratische legitimatie in de Unie niet alleen via het Europees Parlement kan verlopen. Bedoeling was dus om het nationale element steviger in te bedden op het Europese niveau. Gevolg van deze ten faveure van de nationale democratie ingevoerde bepaling is echter ook dat nationale parlementen nu *uit hoofde van het Unierecht* bepaalde rechten en plichten opgelegd krijgen. En dit houdt, in de woorden van Barents, ‘(h)oe men het ook keert of wendt (...) een inbreuk in op de parlementaire autonomie’, die, zo kan hier aan worden toegevoegd, in de meeste lidstaten weer in een nauwe relatie staat tot het beginsel van volkssoevereiniteit.⁷⁰

9.5 Tussen hoogverraad en constitutionele trouw

9.5.1 *De Bund en revolutie*

Vormt het een probleem dat aan de wortel van de Europese federatie twee concurrerende versies op de waarheid liggen? Voor de ‘objectieve’ waarnemer, de wetenschapper bijvoorbeeld, hoeft dit niet het geval te zijn. Hij zou kunnen menen dat er in deze existentiële tegenstrijdigheid, zoals een belangrijk pluralistisch dogma luidt, met het oog op het beginsel van de democratische rechtsstaat inderdaad veel positiefs ligt verscholen. Dat de gedachte van een gemengd regime niet veel anders is dan een variatie op het beginsel van de scheiding der machten.⁷¹ Voor de burger begint dit beeld al enigszins te kantelen. Zoals een zaak als *Ruiz Zambrano* laat zien, kan hij profiteren van de dynamiek van dubbele identiteit wanneer hij op zoek is naar recht. Dezelfde dynamiek kan hem

⁷⁰ Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 418.

⁷¹ Vgl. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 28-57, die beschrijft hoe het principe van machtscheiding ooit, in het Engeland van de 17e eeuw, zelf werd ontwikkeld als alternatief voor een indertijd niet meer functionerend sjabloon van een gemengde overheid.

echter ook parten spelen, bijvoorbeeld in het geval rechters in een concrete zaak verschillende oordelen vellen en derhalve het principe van rechtszekerheid op de tocht komt te staan.⁷² Dit overkwam de Tsjechische gepensioneerde die bij de rechter aanklopte om op basis van het (Tsjechische) gelijkheidsbeginsel van de Tsjechische staat een supplement op haar pensioen te krijgen.⁷³ Als gevolg van uiteenlopende interpretaties van de Tsjechische grondwet, en de plaats van deze grondwet in de Europese rechtsorde, verkeerde deze gepensioneerde hierover lang in onzekerheid. De institutionele strijd die zich in deze kwestie, de *Slovaakse pensioenen-zaak*, ontspon, was er voornamelijk een tussen nationale rechters, het Tsjechische Constitutionele Hof en de hoogste bestuursrechter. De ongehoorzaamheid die de laatste rechter ten opzichte van de eerste rechter aan de dag legde, werd evenwel gefundeerd met een beroep op de rechtspraak en doctrine van het Europese Hof.

Met deze korte terugblik op de *Slovaakse pensioenen-zaak* komen we direct ook aan bij een derde partij die te maken krijgt met het existentiële spanningsveld in het hart van de Europese constitutie: de verschillende organen van de Europese en nationale overheden aan wie door het constitutionele recht bevoegdheden worden toebedeeld. Je zou op het eerste gezicht misschien zeggen dat deze ‘partij’ het minst flexibel is om met dit spanningsveld om te gaan. Dit vanwege het feit dat de verschillende overheidsorganen voor hun instelling en bevoegdheden formeel vastgeklonken zitten aan het constitutionele recht van één van beide niveaus. In verband met de EU is het echter niet mogelijk om de zaken zo zwart-wit voor te stellen. Een cruciaal element van het Europese constitutionaliseringsverhaal is dat nationale instellingen in de loop der tijd een Europese pet hebben opgekrege.⁷⁴ Dit geldt in het bijzonder voor nationale rechters. In de Verdragen is dit, vanwege gevoeligheden aan de kant van sommige lidstaten, nog steeds niet met zoveel woorden vastgelegd.⁷⁵ In artikel 19 lid 1 VEU wordt slechts vermeld dat de ‘lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren’. Volgens het HvJ blijkt uit deze bepaling echter duidelijk dat ook ‘de rechters van de lidstaten toe(zien) op de eerbiediging van die rechtsorde en het gerechtelijk stelsel van de Unie’.⁷⁶ En belangrijker nog: ook veel nationale rechters vatten dit zo op. Anders is althans moeilijk te verklaren hoe de hoogste Tsjechische bestuursrechter in de *Slovaakse pensioe-*

⁷² Vgl. Baquero Cruz, ‘The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement’, 412-418.

⁷³ Zie *supra*, § 6.2.2.

⁷⁴ *Supra*, § 4.5.

⁷⁵ Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 482-483.

⁷⁶ Advies 1/09, r.o. 66.

HOOFSTUK 9

nen-zaak zo openlijk de strijd durfde aan te gaan met het eigen Constitutionele Hof.⁷⁷

Het kan nog dramatischer. Dit bewees de Franse *Cour de Cassation* in 2010 in de *Melki*-zaak. Hierin legde de hoogste burgerlijke rechter in Frankrijk bij het Hof in Luxemburg een prejudiciële vraag voor over de rechtmatigheid van een kort daarvoor, in 2009, in eigen land gerealiseerde constitutionele hervorming, de ‘*question prioritaire de constitutionnalité*’; een stelsel voor prejudiciële vragen bij de *Conseil Constitutionnel* bij gerede twijfel omtrent de grondwettigheid van wetten.⁷⁸ Twistpunt was een begeleidende organieke wet waarin de Franse wetgever, tegen een oorspronkelijk voorstel van de minister van Justitie in, de uitdrukkelijke wens uitsprak om de ‘*question prioritaire*’ ook voorrang te verlenen indien er twijfels zouden rijzen over de verenigbaarheid van Franse wetgeving met Europese regels.⁷⁹ Met andere woorden: kon de Franse wetgever de effectiviteit van de Europese prejudiciële procedure kortwieken ten faveure van de suprematie van de Franse constitutie? De *Conseil Constitutionnel* zelf zag in dit verband geen bezwaren, toen zij conform de Franse grondwet gevraagd werd in abstracto te toetsen of de bewuste organieke wet grondwettig was.⁸⁰ Maar toen de *Cour de Cassation* zijn zorgen voorlegde in Luxemburg, was hij er als de kippen bij om in een andere zaak te verklaren dat nationale rechters, ook ingeval van gerede twijfels over de grondwettigheid van een wet, een beroep mochten doen op de procedure van artikel 267 WVEU.⁸¹ Aldus werd een potentieel conflict met het HvJ in de kiem gesmoord. Dit zoenoffer werd korte tijd later enigszins beantwoord door het Hof. In zijn *Melki*-beslissing overwoog het dat artikel 267 WVEU ‘zich niet tegen een dergelijke nationale wettelijke regeling (verzet), voor zover de andere nationale rechters vrij blijven op elk ogenblik van de procedure dat zij passend oordelen (...) het Hof alle prejudiciële vragen voor te leggen die zij noodzakelijk achten...’⁸²

Ogenschijnlijk vormt *Melki*, net als de de *Slowaakse pensioenen*-zaak, een voorbeeld van de manier waarop instellingen die formeel deel uitmaken van een

⁷⁷ Vgl. Pl. ÚS 4/06, 20 maart 2007, waarin het Tsjechische Constitutionele Hof een beslissing van de hoogste bestuursrechter vernietigde, met onder meer als argument dat deze rechter in strijd handelde met art. 89 lid 2 van de Tsjechische Grondwet, dat bindende kracht toebedeelt aan arresten van het Constitutionale Hof (zie r.o. 23-28).

⁷⁸ Cass., 16 april 2010, nr. 10-40-001, *Aziz Melki* en nr. 10-42.002, *Selim Abdeli*. De ‘*question prioritaire de constitutionnalité*’ is neergelegd in art. 61-I Const. Zie over deze procedure Kortmann en Broeksteeg, ‘De Franse Republiek’, 168-169.

⁷⁹ Zie hierover: Burgorgue-Larsen, ‘France’, 218-222. Vgl. ook Arthur Dyevre, ‘The Melki Way: The Melki Case and Everything You Always Wanted to Know About French Judicial Politics (But Were Afraid to Ask)’, in: Monica Claes e.a. (red.), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures* (Cambridge: Intersentia 2012) 309-322.

⁸⁰ CC 3 december 2009, *Loi organique relative à l’application de l’article 61-I de la Constitution*, nr. 2009-595 DC.

⁸¹ CC 12 mei 2010, *Loi relative à l’ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d’argent et de hasard en ligne*, nr. 2010-606 DC.

⁸² *Melki*, r.o. 57.

nationale institutionele structuur, hieraan verraad kunnen plegen doordat zij loyaal zijn aan de rechtsorde waardoor zij in de loop der jaren zijn geadopteerd. ‘Verraad’ klinkt hier uiteraard een beetje disproportioneel. Als juridische categorie is de term beweerdelijk toch ergens op zijn plaats. In het strafrecht wordt de kwalificatie ‘hoogverraad’ doorgaans gebruikt voor gedrag dat de veiligheid of integriteit van de staat in gevaar brengt.⁸³ ‘Hoogverraad’ valt in de kern dus samen met revolutionair gedrag. En hoe valt het optreden van een rechter die nationale constitutionele regels met betrekking tot zijn eigen functioneren negeert, anders op te vatten dan revolutionair? Voor wie zich met het fenomeen soevereiniteit bezig houdt, vormt ‘hoogverraad’ een lastig probleem. Want als revolutionair gedrag als hoogverraad wordt aangemerkt, hoe moet dan de bewegingsvrijheid van een *pouvoir constituant* worden getaxeerd? Pleegt deze niet telkens verraad als hij, vanuit zijn op zich legitieme positie als democratische macht, een constitutionele orde naar zijn hand probeert te zetten?

Schmitt was zich terdege bewust van de constitutioneel-theoretische dimensie van hoogverraad.⁸⁴ Met betrekking tot de figuur *Bund* noteerde hij dat verraad hieraan moet worden gelijkgesteld met verraad jegens de aaneengesloten lidstaten: ‘Hochverräterische Unternehmungen gegen den Bund als solchen sind in jedem Gliedstaat als Hochverrat zu behandeln.’⁸⁵ Conceptueel loopt dit niet helemaal rond. Ten grondslag aan de uitspraak ligt dat het doel van een federatie helemaal samenvalt met het zelfbeschikkingsrecht van de lidstaten – een presumptie die ook door veel pluralistische vertogen wordt gedeeld, denk bijvoorbeeld even terug aan Maduro’s analyse in de zaak *Arcelor*.⁸⁶ Deze presumptie heeft echter onvoldoende oog voor de concurrentieverhouding waarin het federale niveau en het nationale niveau in existentiële zin tot elkaar staan. Niettemin biedt de stelling wel een mooie uitweg uit het loyaliteitsprobleem dat onvermijdelijk komt bovendrijven binnen een juridische constellatie die haar unitaire karakter probeert te verduisteren. De reden waarom een aanval op de constitutie van de *Bund* door Schmitt ook als een aanval op de constitutie van de lidstaten wordt gezien, is dat de eerste als een integraal onderdeel van de laatste wordt beschouwd. Dit plaveit de weg voor een lezing waarin niet de *Cour de Cassation* subversief tegen de Franse constitutie handelde, maar juist de Franse wetgever die de organieke wet aannam die toegang tot de Europese prejudiciële procedure afkneep.

Deze oplossing komt misschien een beetje gekunsteld over. Zij lijkt echter te corresponderen met de rechtvaardiging die de *Cour de Cassation* zelf voor zijn handelwijze in *Melki* gaf.⁸⁷ Daaruit volgt dat aan de basis van diens beslissing

⁸³ Vgl. art. 93 Wetboek van Strafrecht.

⁸⁴ Schmitt, *Verfassungslehre*, 119-121. Vgl. ook Lindahl, ‘Constituent Power and Reflexive Identity’, 24.

⁸⁵ *Ibid.*, 387.

⁸⁶ *Supra*, § 6.3.2.

⁸⁷ Zie www.giurcost.org/studi/cass-16-avril-2010-QPC.pdf.

HOOFSTUK 9

om vragen te stellen aan het Hof in Luxemburg *in ultimo* niet het Unierecht zelf lag, maar art. 88-I van de Franse grondwet. Deze bepaling fungeert in de Franse constitutionele doctrine als scharnier voor de internalisering van het Unierecht in de Franse rechtsorde.⁸⁸ Enige rem hierop vormt de Franse constitutionele identiteit. Maar als deze identiteit niet geschonden wordt geacht, kan dus worden beargumenteerd dat de Franse grondwet zelf op haar eigen ondergeschiktheid aanstuurt ten opzichte van ‘federaal’ Unierecht, en nationale rechters de opdracht geeft een Europese pet op te zetten ingeval van recalcitrant gedrag van collega-nationale instituties. Dit idee van constitutionele incorporatie oogt vooral kansrijk waar, zoals het geval is in de EU, een rechterlijke structuur op een decentrale manier is opgezet. In een dergelijke structuur worden nationale rechters actief aangespoord om samen met federale rechters de belangen van de *Bund* te waarborgen. Dit is minder vanzelfsprekend in een systeem, zoals het Amerikaanse, waarin twee parallelle rechterlijke organisaties naast elkaar staan. Of althans: daar ontbreekt een prikkel om *samen* te waken over de belangen van de *Bund*. De hoogste rechter uit Virginia die in 1815 op basis van een confederale visie op het Amerikaanse constitutionele recht het laatste woord over de uitleg van de federale grondwet eiste, ontkende niet dat federaal recht ‘the law of the land’ vormde. Waar hij zich tegen verzette, was de gedachte dat hij afhankelijk was van de jurisdictie van het federale Hooggerechtshof.⁸⁹

De uitdaging om te laveren tussen hoogverraad en constitutionele trouw blijft niet alleen beperkt tot rechters die hun wortels hebben in het nationale recht. Zij geldt ook voor het ‘federale’ HvJ. Ook aan deze kant van het constitutionele spectrum is, zoals in hoofdstuk zes werd besproken, een tendens zichtbaar om waar mogelijk een aanval op de constitutionele identiteit van een lidstaat ook als een aanval op de constitutionele identiteit van de Unie zelf te beschouwen. Denk even terug aan *Omega* en *Sayn-Wittgenstein*. In beide gevallen werd de lidstaten in kwestie ontheffing verleend om te voldoen aan hun verplichtingen onder het Unierecht, omdat de betrokken grondrechten ook als fundamentele Uniebeginselen werden aangemerkt.⁹⁰ Verder is genoemde uitdaging gericht tot de politieke actoren van de Unie en de lidstaten. Ook die spelers bevinden zich vaak in een precarie positie. Neem nationale parlementen. Als gezegd zijn die evenals nationale rechters door het Unierecht bekleed met een mandaat om een rol te vervullen in de behartiging van de belangen van de Unie. Nog veel minder dan bij nationale rechters ligt het echter voor de hand dat zij zich op dit mandaat zullen laten voorstaan. In de nationale constituties waaraan zij hun instelling te danken hebben, worden zij namelijk vaak aangewezen als primaire representant van een soevereine natie. Dit laat echter weer onverlet dat ook nationale parlementen geregeld gedwongen worden de kunst te verstaan om

⁸⁸ *Supra*, § 3.2.2.

⁸⁹ Zie de verwijzingen bij vn. 50 in dit hoofdstuk.

⁹⁰ *Supra*, § 6.4.2.

het Europese belang te verdedigen. Vooral de afgelopen jaren, in verband met maatregelen ter bestrijding van de eurocrisis, is hier vaak sprake van.

Voor dezelfde opgave zien tot slot ook leden van het Europese bestuur zich gesteld. Exemplarisch is het gedrag van de Nederlandse minister-president Rutte. Die troost zich regelmatig moeite om diep in het nationale recht ingrijpende Europese regelgeving te verkopen als *nationaal* belang. Een voorbeeld was zijn verdediging, aan de vooravond van de Catshuisonderhandelingen over nieuwe bezuinigingen begin 2012, van strenger toezicht op naleving van de begrotings-tekortnorm van 3%. Waaraan Rutte vervolgens ook de conclusie verbond dat niet kon worden gezegd dat Nederland 'sovereiniteit had overgedragen' aan Europa.⁹¹ Dit behelst meer dan alleen politieke retoriek. Rutte relateert hier feitelijk het politieke bestaan van de Unie. Paradoxaal genoeg, bestendigt hij dit bestaan tegelijkertijd op een bepaalde manier echter ook. Behoud van de nationale staat betekent in dit geval ook behoud van de Unie. Bij de spagaat waarin Rutte zich in zulke situaties bevindt, speelt mee dat regeringsleiders en ministers meer nog dan de nationale rechter en het nationale parlement twee petten op hebben. Menig Europees besluit dat Rutte als Nederlandse premier heeft te verdedigen, is in een eerste vorm afkomstig van een Unie-orgaan waar hij zelf lid van is, de Europese Raad.

9.5.2 *Federale loyaliteit en voorrang*

De suggestie dat het federale mysterie van de Unie intact blijft zolang instituties aan beide kanten van het constitutionele spectrum ernaar streven het belang van de ander te internaliseren als het belang van zichzelf, is geen wit konijn uit een hoge hoed. In meer of mindere mate wordt dit uitgangspunt gedeeld door alle pluralistische theorieën die in dit boek voorbij zijn gekomen. Concreet valt het zelfs terug te brengen tot niet veel meer dan een aansporing om te denken in de geest van het beginsel van loyale samenwerking uit art. 4 lid 3 VEU. In zekere zin is dat ook precies het punt. Want hetzelfde geldt voor pluralistische deviezen als 'contrapunctual law', 'constitutionalism beyond the state' en 'constitutional tolerance'. Al deze bijdragen aan het constitutionele debat over de Unie berusten in laatste instantie op de gedachte dat Unie en lidstaten elkaar moeten respecteren en zo veel mogelijk belangenconflicten moeten zien te vermijden. Maar wat maakt deze gedachte zo anders dan het principe van 'federale loyaliteit', zoals men in de Belgische grondwet en veel andere federale constituties aantreft?⁹² Zeker de overeenkomsten met een staat als België springen in het oog, omdat de statelijkheid van dat land in inhoudelijk opzicht steeds meer onder druk komt te

⁹¹ Zie www.trouw.nl/tr/nl/7964/Schuldencrisis/article/detail/3068925/2011/12/07/Rutte-geen-sprake-van-verlies-sovereiniteit-aan-EU.dhtml.

⁹² Zie art. 143 van de Belgische grondwet.

HOOFSTUK 9

staan. De Belgische natie, ooit de comfortabele drager van een eenheidsstaat, is weliswaar nog steeds soeverein, maar heeft in de loop van jaren geduchte concurrentie gekregen van, in het bijzonder, de Vlaamse gemeenschap.⁹³ Dat maakt het in constitutionele zin belangrijk om te kunnen beschikken over een beginsel waarmee fricties kunnen worden voorkomen.⁹⁴

In de Europese doctrine blijft de exacte toedracht van artikel 4 lid 3 VEU altijd enigszins schemerig. Vast lijkt alleen te staan dat aan de bepaling een hele reeks van concrete materiële en procedurele verplichtingen wordt opgehangen.⁹⁵ En dat zij, zoals in hoofdstuk vier werd opgemerkt, uiterlijk gaandeweg het duo ‘autonomie-onvoorwaardelijke voorrang’ in de jurisprudentie van het Hof heeft verdrongen als inzet voor een gesprek met nalatige lidstaten. Wat heet: sinds 1970 heeft de Luxemburgse rechter het concept autonomie geen enkele keer meer in de mond genomen in een zaak met louter een interne dimensie.⁹⁶ Betekent dat, zoals door bijvoorbeeld Besselink gesteld wordt, dat de autonome rechtsorde niet langer bestaat? Nee. Overtuigender is het om een verklaring te zoeken in de these dat het, naarmate de relatie tussen de Unie en de lidstaten volwassen werd, minder nodig werd om op een dergelijke principiële wijze ruimte te scheppen voor een eigen politieke ruimte. Het axioma van de autonomie van de Unierechtsorde ging als gevolg hiervan ‘ondergronds’. Om daar, gelijk het fenomeen soevereiniteit in de lidstaten, vervolgens alleen vandaan te komen op momenten dat de fundamenteën van de Unie bedreigd werden. Die momenten, zo volgt uit de rechtspraak van het HvJ, deden zich voor in kwesties met een internationale dimensie.⁹⁷ Kennelijk nodigt de verhouding van de Unie tot de buitenwereld wel uit om de eenheid van het Unierecht centraal te stellen.⁹⁸

De intentie van bovenstaande schildering van de relatie tussen EU en lidstaten is niet om terug te komen van de conclusie in hoofdstuk vijf dat niet alles pluralistisch is wat de klok slaat. De situatie is diffuus. In het kader van de prejudiciële procedure valt voor het Hof nog een wereld te winnen met betrekking tot de vraag hoe stringent dient te worden vastgehouden aan de eis van uniforme

⁹³ Art. 33 van de Belgische grondwet brengt tot uiting dat de Belgische natie formeel nog steeds de bron van alle bevoegdheden is.

⁹⁴ Het regeerakkoord van 2011 voorziet er, op p. 17, in dat het Grondwettelijk Hof binnenkort de bevoegdheid krijgt om aan art. 143 te toetsen. Zie premier.fgov.be/sites/all/themes/-custom/tcustom/Files/Regeerakkoord_1_december_2011.pdf.

⁹⁵ Zie e.g. Eleftheria Neframi, ‘The Duty of Loyalty: Rethinking its Scope through its Application in the Field of EU External Relations’, 47 *Common Market Law Review* (2010) 323.

⁹⁶ Zie Van Rossem, ‘The Autonomy of EU Law’, 15-18.

⁹⁷ Advies 1/91 (*EER*) [1991] ECR I-6079, r.o. 35; Advies 1/00 (*ECAA*) [2002] I-3493, r.o. 35; Zaak C-459/03, *Commissie v Ierland* [2006] ECR I-4635 (*Mox Plant*), r.o. 154; Zaak C-402/05 P & C-415/05 P *Kadi en Al-Barakaat* [2008] ECR I-06351, r.o. 316; Advies 1/09 (*Patent overeenkomst*) [2011] ECR I-01137, r.o. 67.

⁹⁸ Vgl. Van Rossem, ‘The Autonomy of EU Law’, 27-42. Zie ook Robert Uerpman-Witzack, ‘The Constitutional Role of International Law’, in: Von Bogdandy en Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 160-161.

toepassing. En tegenover oordelen als *Omega* en *Sayn-Wittgenstein* kunnen beslissingen als *Mangold* en *Ruiz Zambrano* worden gezet, waarin juist gewerkt wordt aan een ‘waarlijke rechtsunie’. Met de opmerking dat de relatie tussen de Unie en de lidstaten een zekere staat van constitutionele volwassenheid heeft bereikt, wordt echter niet zozeer tot uitdrukking gebracht dat alles pais en vree is. Veeleer strekt zij ertoe voor het voetlicht te brengen dat er, in ieder geval op terreinen waar rechters vat op hebben, sprake is van een bepaalde dynamiek die er toe leidt dat het belang van ‘Europa’ de ene keer door de betrokken actoren wordt gezocht in ruimte voor diversiteit en de andere keer in veiligstelling van uniformiteit.⁹⁹ Federalisme, volgens deze lezing, is dus op de keper beschouwd niets anders dan één grote balanceeract; een act die kan worden volgehouden zolang de verschillende spelers die hierbij betrokken zijn – instituties, maar uiteindelijk ook burgers – zich gehouden voelen om loyaal te zijn aan elkaar.

Tegen deze achtergrond zou ook de, tegelijkertijd met het debat over pluralisme, opgelaaide discussie over het voorrangsbeginsel kunnen worden gezien. Onder meer in samenhang met het principe van nationale identiteit, wordt in de literatuur wel gesuggereerd dat dit beginsel recentelijk een ware paradigmawisseling zou hebben ondergaan, weg van zijn absolute wortels in vroege zaken als *Costa* en *Simmenthal* naar een meer gematigde versie in beslissingen zoals *Sayn-Wittgenstein*. Evenals voor de stelling geldt dat de Unie niet meer valt in te passen in traditionele constitutionele schema’s, is deze conclusie aanvechtbaar. De stelling dat het voorrangsbeginsel van een absolute notie in een relatief begrip is veranderd, lijkt vooral uit te drukken dat het beginsel niet langer ‘onvoorwaardelijk’ werkt. Maar wat wil dit nu eigenlijk precies zeggen? Ja, het klopt dat het Hof door de introductie van de nationale identiteitsclausule, zeker nu deze bepaling in het VvL een nieuw gezicht heeft gekregen, door de verdragsgever is verplicht om bij de toepassing van Europees recht rekening te houden met het betreffende nationale regelkader. Meer dan voorheen, vormt de status van een nationale regel dus een rechtvaardiging om Europees recht buiten toepassing te laten. Zoals in hoofdstuk zes naar voren kwam, lijkt dit echter een gradueel verschil ten opzichte van de situatie ervoor. Ook voordat nationale identiteit in het Unierecht werd opgenomen, waren er voor het Hof, via een publieke rechtvaardigingsgrond of het proportionaliteitsbeginsel, mogelijkheden om individuele lidstaten van de werking van het Europese recht uit te zonderen.¹⁰⁰ Kortom, hoezo paradigmaverschuiving?

Voor een beter begrip van dit punt helpt het om even terug te gaan naar *Costa/ENEL*. Een cruciale overweging daarin van het Hof was ‘dat de verplich-

⁹⁹ Veelzeggend in dit verband is ook de wijziging die in het VvL met betrekking tot het loyaliteitsbeginsel werd doorgevoerd. Het oude art. 10 EG verplichtte nog alleen de lidstaten om het integratieproces niet in de wielen te rijden. In het VvL geldt het beginsel van loyale samenwerking ook voor de Unie en haar instellingen.

¹⁰⁰ Vgl. Gareth Davies, ‘Constitutional Disagreement in Europe and the search for Pluralism’, Eric Stein Working Paper nr. 1/2010, 16-20.

HOOFSTUK 9

tingen, neergelegd in het verdrag waarbij de Gemeenschap is opgericht, niet absoluut, doch slechts voorwaardelijk zouden gelden, wanneer de verdragsluitende partijen zich door middel van latere wettelijke voorschriften aan de inachtneming daarvan zouden kunnen onttrekken'.¹⁰¹ Wat uit deze passage naar voren komt, is dat noties zoals 'absoluut' en 'onvoorwaardelijk' in de eerste plaats toezien op het voorkomen dat Europees recht in het nationale recht wordt geconditioneerd door nationale constituties. De reden, met andere woorden, dat het Hof het beginsel van voorrang in *Costa* als absoluut neerzette, was dat het existentieel was voor de bewerkstelling van eenheid. Dat uitgangspunt is, een halve eeuw later, nog niet verlaten. Ook met de introductie van de nationale identiteitsclausule lijkt nationaal recht, in de visie van het HvJ, niet eenzijdig te kunnen bepalen dat Europees recht moet wijken voor een nationale norm. Een paradigmawisseling zou pas plaatsvinden als de Luxemburgse rechter toegeeft wat betreft de vertrekpositie dat de *vaststelling* wat ingeval van een botsing moet gebeuren, in laatste instantie uitsluitend een Europese aangelegenheid is.¹⁰² En van een dergelijk toegeven is in de jurisprudentie vooralsnog geen sprake, ook al wordt deze optie in de pluralistische literatuur hier en daar inmiddels opengelaten.¹⁰³

9.6 Herren der Verträge

9.6.1 Artikel 48 VEU en Defrenne

'De veranderingsregels van een politiek lichaam zijn geen bijkomstigheid maar tonen zijn wezen'.¹⁰⁴ Met deze uitspraak van Luuk van Middelaar in *De passage naar Europa* zullen weinig constitutionalisten het oneens zijn. De polen meerderheid en unanimiteit beheersen al een aantal eeuwen het politieke en juridische denken. Hobbes, Locke, Rousseau: allemaal benoemden ze dat een volwaardig constitutioneel leven niet tot bloei kan komen zonder dat op enig moment de sprong wordt gewaagd naar besluitvorming bij meerderheid. Het uitblijven van deze sprong vormt één van de belangrijkste steunbewijzen voor de stelling dat de Unie nog steeds primair een volkenrechtelijk organisme is. Weliswaar zijn er sinds het VvL verschillende modaliteiten voor verdragswijziging, het uitgangspunt voor de procedure, neergelegd in art. 48 VEU, is nog hetzelfde als bij de oprichting van de EEG in 1957: unanimiteit.¹⁰⁵ Dat het gewone wetge-

¹⁰¹ *Costa/ENEL*, p. 1218.

¹⁰² Zie Isensee, 'Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte', 1261-1262.

¹⁰³ Zie e.g. Zaak 409/06, *Winner Wetten* [2010] ECR I-8015.

¹⁰⁴ Van Middelaar, *De passage naar Europa*, 145.

¹⁰⁵ Zie lid 1 t/m 4 van art. 48 VEU.

vingsproces inmiddels in overwegende mate wordt beheerst door de (gekwaliificeerde) meerderheidsregel, doet hier weinig aan af.¹⁰⁶ Voor juristen die de claim op tafel leggen dat de Unie, in existentieel opzicht, meer is dan een internationale organisatie, vormt de inrichting van de procedure van art. 48 VEU een lastig te nemen horde. Bonden uit het verleden, zoals de Amerikaanse en de Duitse, kenden wijzigingsprocedures die unanimiteit uitsloten. En ook een mogelijk modern voorbeeld van een federatie, Zwitserland, verlangt in dit verband niet de instemming van alle delen.¹⁰⁷

Het dilemma van artikel 48 VEU is kort al ter sprake gekomen in hoofdstuk zeven, bij de bespreking van de analyse van de autonomiethese door De Witte.¹⁰⁸ Toen werd dit bewijs afgezet tegen de overweging dat het principe van *pacta sunt servanda*, de crux van een volkenrechtelijk narratief, niet het type eenheid kan verklaren dat de Unie volgens het HvJ in arresten als *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* pretendeert te zijn. Om vervolgens in te zoomen op de omstandigheden waaronder ‘revoluties’ in het recht mogelijk zijn. Wat je ook van deze redenering moge vinden, feit blijft dat de procedure van artikel 48 VEU zich ongemakkelijk verhoudt tot het beeld van een Europese *demos*. De unanimiteitsregel die daarin de norm is, wijst er namelijk op dat de lidstaten nog altijd ‘Herren der Verträge’ zijn, soevereine meesters over hun eigen lot. Om te ontsnappen aan dit beeld zijn in de loop der jaren verschillende alternatieven gepresenteerd. Van Middelaar ontvouwt in zijn studie naar de geboorte van Europa de these dat het integratieproces in de stroom van gebeurtenissen een zaak is geworden van de ‘gezamenlijkheid’ van de lidstaten.¹⁰⁹ Wijzigingen van het verdrag zouden in een politieke en juridische ‘tussensfeer’ plaatsvinden.¹¹⁰ Met zijn nadruk op de ‘gezamenlijkheid’ van de lidstaten staat Van Middelaar niet alleen. Ook onder juristen is het vrij gangbaar om de ‘Herren der Verträge’-gedachte onschadelijk te maken door de klemtoon te leggen op het uitgangspunt van collectiviteit.¹¹¹ Dit is, met alle respect, juridisch gesproken echter tamelijk onzinnig. De notie dat bij wijzigingen van de ‘constitutie’ de lidstaten als gezamenlijkheid optreden, onderscheidt de EU in niets van een gewone internationale organisatie. Ook de landen die zijn aangesloten bij de Internationale Koffieorganisatie kunnen pas wat veranderen aan het basisverdrag van de organisatie

¹⁰⁶ De meeste Europese wetten, verordeningen en richtlijnen, hebben zowel instemming nodig van een *gewone* meerderheid van het EP als, normaal gesproken, van een *gekwaliificeerde* meerderheid van de Raad.

¹⁰⁷ Zie art. 192-195 van de Zwitserse constitutie.

¹⁰⁸ *Supra*, § 7.4.2.

¹⁰⁹ Van Middelaar, *De passage naar Europa*, 148.

¹¹⁰ *Ibid.*, 39-46.

¹¹¹ Zie e.g. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, 51-52; 71-72. Vgl. ook Ulrich Everling, ‘Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft noch Herren der Verträge?’, in: R. Bernhardt e.a. (red.), *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler* (Berlijn: Springer Verlag 1982) 183-184.

HOOFSTUK 9

als zij collectief optreden.¹¹² Dit principe van gezamenlijkheid ligt besloten in artikel 39 van het Weens Verdragenverdrag, en is, meer in algemene zin, een kwestie van gezond verstand.¹¹³ De *individuele* lidstaat komt, binnen een volkenrechtelijk paradigma, normaal gesproken pas in beeld bij het recht op uittreding, de natuurlijke bondgenoot van de unanimiteitsregel; en overigens bij de vraag of leden zich eenzijdig aan verplichtingen kunnen onttrekken.

Een ander argument dat wordt aangevoerd tegen voorstellingen van de lidstaten als soevereine ‘Herren der Verträge’, is dat het de lidstaten is verboden om buiten de procedure van artikel 48 VEU – buiten de ‘grondwetswijzigings-procedure’ derhalve – het verdrag te wijzigen. Anders dan het vaak daarmee in één adem genoemde gezamenlijkeidsargument, is dit wel iets om serieus te nemen. Een consequentie van het gegeven dat partijen bij een verdrag gezamenlijk de sleutel tot het verdrag bewaren, is dat zij, naar internationaal recht, in principe ook samen van een eventueel afgesproken procedure mogen afwijken.¹¹⁴ In de zaak *Defrenne*, uit 1976, oordeelde het HvJ echter dat voor de ‘freedom of form’-regel met betrekking tot de Europese Verdragen geen plek meer was. Voor wijziging hiervan waren de lidstaten volgens het Hof aangewezen op, toen, artikel 236 EEG.¹¹⁵ *Defrenne* wordt door de meeste juristen die zich met Europees recht bezighouden onderschreven. De boodschap die zij daarmee uitgeven is: misschien dat internationaal recht als *instrument* nog steeds onmisbaar is voor de Unie, wat betreft haar *wezenskarakter* zou het echter geen verklarende werking meer hebben.¹¹⁶

Hoe moet *Defrenne* precies worden geduid en geïnterpreteerd? De beantwoording van deze vraag valt samen met het ontrafelen van het probleem van *Kompetenz-Kompetenz*, oftewel de vraag naar de ultieme bevoegdheid om over (de verdeling van) bevoegdheden te beslissen. Over het vraagstuk van *Kompetenz-Kompetenz*, dat afkomstig is uit het Duitse recht, is zeer veel geschre-

¹¹² Art. 49 van de *International Coffee Agreement* 2007 schrijft voor dat een ‘amendment shall enter into force for all Members of the Organization 100 days after the Depositary has received notifications of acceptance from Contracting Parties holding at least two-thirds of the votes of the exporting Members, and from Contracting Parties holding at least two-thirds of the votes of the importing Members.’

¹¹³ Zie Henry G. Schermers en Niels M. Blokker, *International Institutional Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2011) 121-125, voor het onderscheid tussen *individuele* en *collectieve* rechten en plichten van leden van internationale organisaties.

¹¹⁴ Dit wordt wel de ‘freedom of form rule’ genoemd. Zij is neergelegd in art. 39-40 WVV. De zaken liggen anders voor ‘modifications’, d.w.z. aanpassingen van een multilateraal verdrag die door *bepaalde* partijen bij een verdrag gewenst worden. Zie hiervoor art. 41-42 WVV.

¹¹⁵ Zaak 45/75, *Defrenne* [1976] ECR 480, r.o. 58. Zie voor de context van deze zaak: Bruno de Witte, ‘Using International Law for the European Union’s Domestic Affairs’, in: Cannizzaro, Palchetti, en Wessel, *International Law as Law of the European Union*, 137-138.

¹¹⁶ Zie over internationaal recht als instrument voor de Unie: De Witte, ‘International Law as a Tool for the European Union’.

ven.¹¹⁷ Doorgrond wordt het echter maar betrekkelijk weinig. Dit komt doordat de notie een definitieprobleem heeft. Aan de ene kant suggereert de term ‘Kompetenz’ dat het begrip niet, zoals soevereiniteit, verwijst naar macht die grenze-loos is; een bevoegdheid staat, zoals eerder naar voren kwam, voor gestolde en dus beperkte macht. Aan de andere kant wordt op die betekenis van grenze-loze macht wel vaak gezinspeeld in de literatuur; nu de lidstaten gebonden zijn aan de procedure van artikel 48 VEU, zo heet het, hebben zij geen *Kompetenz-Kompetenz* meer.¹¹⁸ Het komt voor dat de eerste betekenis juist is.¹¹⁹ *Kompetenz-Kompetenz* zou dan dus in het bezit zijn van het orgaan of gremium dat de bevoegdheid heeft om wijzigingen aan te brengen in de constitutie.¹²⁰ Zo opgevat, helpt het leerstuk van *Kompetenz-Kompetenz* op het eerste gezicht niet veel verder bij het oplossen van de puzzel van *Defrenne*. Iedereen kan zien dat het collectief van lidstaten achter het stuur zit wanneer de Verdragen worden gewijzigd.¹²¹ Dit legt echter niets bloot over de vraag of dit collectief hier ook onvoorwaardelijk aan is gebonden.

Via de route van het vraagstuk van *Kompetenz-Kompetenz* kom je uiteindelijk toch terecht bij dit laatste punt. Waar de kwestie *Defrenne* om draait, is om soevereiniteit, om grenze-loze macht. En daarvan is *Kompetenz-Kompetenz*, als ultieme bevoegdheid om een rechtsorde een ander gezicht te geven, in beginsel een vertaling dan wel concretisering.¹²² In de Nederlandse staatsrechtelijke doctrine komt deze relatie niet erg uit de verf. Het *orgaan* grondwetgever – een *pouvoir constitué* derhalve – krijgt tegelijkertijd door velen ook de rol van *pouvoir constituant* toebedeeld.¹²³ In omringende landen wordt daarentegen wel onderscheid gemaakt tussen enerzijds een orgaan dat de *bevoegdheid* heeft om

¹¹⁷ Zie, behalve al een eerder genoemde werk als Kumm, ‘Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?’, e.g. Gunnar Beck, ‘The Problem of Kompetenz-Kompetenz: a Conflict between Right and Right in which there is no Praetor’, 30 *European Law Review* (2005) 42.

¹¹⁸ Zie e.g. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, 51-52.

¹¹⁹ Vgl. de loepzuivere analyse van Schmitt, *Verfassungslehre*, 387 (‘Souveränität ist keine Kompetenz, auch keine Kompetenz-Kompetenz. Es gibt keine grenzenlose Kompetenz, wenn das Wort seinen Sinn behalten und eine durch Normen im voraus geregelte, tatbestandsmäßige Umschriebene und infolgedessen begrenzte Zuständigkeit angeben soll. Das Wort ‘Kompetenz-Kompetenz’ bezeichnet entweder eine echte Kompetenz, dann hat es mit Souveränität nichts zu schaffen und kann auch nicht als Formel für die Souveränität gebraucht werden, oder es ist ein allgemeines Schlagwort für eine souveräne Macht, dann ist nicht einzusehen, warum man hier von ‘Kompetenz’ spricht.’) Vgl. ook de beroemde uitspraak van Bodin: ‘*La souveraineté est la puissance perpétuelle et absolue d’une république*’. *Puissance* kan zowel betrekking hebben op blote macht als refereren aan een bevoegdheid.

¹²⁰ In de Nederlandse staatsrechtelijke terminologie het orgaan grondwetgever.

¹²¹ Zowel via de positie die de lidstaten innemen in de Europese Raad (zie de leden 3, 5, 6 en 7 van art. 48 VEU) als via de rol die lidstaten spelen buiten het institutionele kader van de EU (zie e.g. de leden 4 en 6 van art. 48 VEU).

¹²² Di Fabio, ‘Der neue art. 23 des Grundgesetzes’, 201.

¹²³ Zie vn. 122 in hoofdstuk 3.

HOOFSTUK 9

de grondwet vanuit een positie *binnen* de door dezelfde grondwet in het leven geroepen rechtsorde te *herzien*, en anderzijds de soevereine *macht* om in te breken op een grondwettelijke orde en een nieuwe orde te *geven* vanuit een situatie *buiten* de rechtsorde, de spreekwoordelijke natuurtoestand.¹²⁴ Zoals in hoofdstuk twee aan de orde kwam, is deze spanningsverhouding ook aanwezig in het internationale recht. Behalve een interne rol, als leden van een internationale organisatie, hebben zij ook een externe rol, als stichters van de organisatie.¹²⁵ Anders dan in het staatsrecht, is dit onderscheid echter niet bijzonder geprononceerd. Zeker waar een verdragsprocedure niet leunt op organen die bij het verdrag zijn opgericht, maar op de staten-stichters is het erg lastig om een glimp op te vangen van de dialectiek tussen *pouvoir constitué* en *pouvoir constituant*.

Toch is die dialectiek er wel. Ook in het geval van de Unie. *Defrenne* suggereert dat de rol van stichters gedeeltelijk onder de lidstaten vandaan is gevallen – dat zij ten aanzien van de Unie nog louter kunnen opereren als *pouvoirs constitués*. Dat roept onmiddellijk de vraag op waar die rol nu wel ligt. Het antwoord hierop zou misschien kunnen worden gevonden in de ratio van het HvJ achter zijn uitspraak in *Defrenne*. Volgens De Witte – het Hof zelf bleef hier vaag over – is de crux mogelijk dat de Luxemburgse rechter, door de ‘freedom of form’-regel uit te bannen, opkomt voor de constitutionele waarborgen waarmee (thans) art. 48 VEU is omgeven:¹²⁶ de betrokkenheid, in een adviserende rol, van het Europees Parlement en, eventueel, de Commissie, en, in het bijzonder, de eis dat wijzigingen van de Verdragen pas in werking treden ‘nadat zij door alle lidstaten overeenkomstig hun onderscheiden grondwettelijke bepalingen zijn bekrachtigd’.¹²⁷ Aldus zou *Defrenne* vooral zijn ingegeven door toewijding aan de democratie. Een alternatieve verklaring zou kunnen zijn dat het Hof, sinds het in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* de grondslag voor de werking van het Europese recht in dit recht zelf is gaan zoeken, simpelweg geen zicht meer heeft op een *Grundnorm* die daar buiten is gelegen. Anders gezegd: waar de ‘freedom of form’-regel is gestoeld op de gedachte dat partijen bij een verdrag, ook al handelen zij in strijd met door henzelf ontworpen procedures, desondanks legaal kunnen opereren, is deze pas voor het HvJ, als gevolg van eerdere jurisprudentie, afgesloten. Als orgaan binnen een autonome rechtsorde kan het niet anders dan oplossingen die niet intern zijn aan die rechtsorde als illegaal bestempelen.

Een samenstelling van genoemde twee lezingen overtuigt uiteindelijk misschien nog wel het meest. Dan kan zichtbaar worden dat de autonomieclaim, zoals doorlopend in deze studie is betoogd, als verhulde soevereiniteitsaanspraak niet in de eerste plaats is gebaseerd op het principe van de interne markt, maar op een daaraan gerelateerde conceptie van een Europese *demos*. De soeverein die achter artikel 48 VEU schuil gaat, is, hoe versluierd ook, zo bezien dus niet

¹²⁴ Zie Hoogers en Van den Driessche, ‘Een democratisch soevereiniteitsbegrip’.

¹²⁵ Zie Schermers en Blokker, *International Institutional Law*, 61-64.

¹²⁶ De Witte, ‘Using International Law for the European Union’s Domestic Affairs’, 137-138.

¹²⁷ Art. 48 lid 4 VEU.

zozeer het collectief van staten, als wel de in deze staten huizende volkeren, die samen een handelingseenheid vormen.¹²⁸ Het is al eerder gezegd: deze weergave is zeer instabiel en oogt behoorlijk losgezongen van de sociale en politieke werkelijkheid. Wil *Defrenne* kunnen standhouden, dan lijkt zij echter wel noodzakelijk. Met de funderingsvraag valt niet gemakkelijk te marchanderen. Het is conceptueel dan ook niet erg geloofwaardig om, zoals Schütze *à la* Madison doet in zijn studie over Europees federalisme, op de procedure van art. 48 VEU het etiket ‘volkenrechtelijk’ te plakken, en voor ‘nationale’ elementen elders in het Verdrag op zoek te gaan.¹²⁹ De funderingsvraag is existentieel. Wie een claim op soevereiniteit in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* verscholen ziet liggen, kan vervolgens niet ook beweren dat ‘constitutional authority’ zonder meer bij de lidstaten ligt.¹³⁰

9.6.2 De uitzondering van Bangladesh

Tot dusverre is deze paragraaf vooral een analyse van de plausibiliteit van het postulaat dat de lidstaten ten aanzien van de Unie niet meer in volkenrechtelijke zin ‘Herren der Verträge’ zijn. Een federale these is, paradoxaal genoeg, echter niet compleet zonder dat ook het tegendeel waar is. Met andere woorden: wat als de lidstaten morgen zouden besluiten om buiten de procedure van artikel 48 VEU om het Verdrag te amenderen? Vanuit het perspectief van *Defrenne* zou dat onrechtmatig zijn. Vanuit een nationale, en daarmee in dit geval ook volkenrechtelijke optiek, zou hier echter weinig tegenin te brengen zijn. Wie dit laatste gezichtspunt als vertrekpunt neemt, zou in zo’n verdragswijziging slechts een bevestiging van de juistheid van de nationale these zien. Handelen de lidstaten ook wel eens in strijd met *Defrenne*? Zoals in de volgende paragraaf zal worden uitgelegd, heeft het er alle schijn van dat dit recent, met de ondertekening van het Stabiliteitsverdrag, gebeurd is. Tot dit voorval hadden de lidstaten in ieder geval, na de uitspraak, de Verdragen nooit meer gewijzigd buiten de procedure van artikel 48 VEU om.¹³¹ Maar het verleden biedt wel voorbeelden van situaties waarin door de lidstaten werd gehandeld op een manier die op zeer gespannen voet met de strekking van *Defrenne* staat. Een dergelijk voorbeeld is de uitspraak *Parlement v Raad* uit 1993, beter bekend als de *Bangladesh*-zaak.¹³² De vraag die in deze zaak centraal stond, was of de lidstaten, bijengekomen in

¹²⁸ Vgl. *supra*, § 7.3.1.

¹²⁹ Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, 49.

¹³⁰ Deze inconsistentie komt men tegen in het werk van Maduro. Vgl. ‘Contrapunctual Law’ met ‘The importance of being called a constitution’.

¹³¹ Ten tijde van de EGKS is dit wel een aantal keer gebeurd. Verder kan het Luxemburgse Akkoord geïnterpreteerd worden als een inhoudelijke wijziging van de Verdragen.

¹³² Zaak C-181-91 en C-248/91, *Parlement v Raad en Commissie* [1993] ECR I-3685 (*Bangladesh*).

HOOFSTUK 9

de Raad, *als lidstaten* mochten beslissen over een externe aangelegenheid – humanitaire hulp aan Bangladesh – op een terrein waarop de Gemeenschap met de lidstaten een bevoegdheid delen. Het Europees Parlement vond van niet. Boos dat het door deze manoeuvre was uitgesloten van de besluitvorming, be- toogde het voor het Hof dat uit eerdere jurisprudentie volgde dat de lidstaten geen internationale route meer mochten bewandelen indien vast was komen te staan dat de Gemeenschap extern bevoegd was. Het HvJ oordeelde echter anders. Volgens de Luxemburgse rechter was de bevoegdheid van de Gemeen- schap op het gebied van de humanitaire hulp niet uitsluitend, en kon de lidstaten derhalve niet belet worden, ‘al dan niet in het kader van de Raad bijeen’, geza- menlijk hun bevoegdheden hierop uit te oefenen.¹³³

De *Bangladesh*-zaak heeft voor de nodige ophef gezorgd. Zo wees De Witte het Hof terecht dat de

‘EU cannot freely decide to switch from the ‘European law track’ to the paral- lel ‘international law track’. (...) If EU states were freely allowed to ‘switch to the international law track’ jointly, this would constitute a constant threat to the integrity of the EU legal order. The careful institutional balance estab- lished by the EC and EU Treaties, and the categorical distinction between in- ternational law and European law made by the ECJ, would then become very fragile. Thus, the question arises as to whether such ‘chameleonic’ behaviour is compatible with the obligations of the Member States under EU law.’¹³⁴

Deze kritiek klinkt op het eerste gezicht redelijk. Wanneer de vraag wordt ge- steld waar haar sterke normatieve lading precies op gebaseerd wordt, komt men echter onvermijdelijk bij de soevereiniteitsvraag terecht. Volkenrechtelijk valt er in ieder geval niet zo veel tegen het optreden van de lidstaten in te brengen. Er was geen sprake van de schending van verplichtingen tegenover een derde partij. Wat op het spel werd gezet, was, vanuit deze optiek, de integriteit van de eigen creatie van de lidstaten. De verenigbaarheid van het optreden van de lidstaten met het EU-recht wordt eigenlijk alleen maar een probleem als je zou menen dat die lidstaten niet langer eigenaar of auteur zijn van dit recht; precies ook het type argument dat een rol kan hebben gespeeld bij de beslissing van het Hof in *Defrenne*.

Met *Bangladesh* heeft het Hof niet de sluizen volledig opengezet voor de lidstaten om het Unierecht te passeren. In heel veel opzichten – bijvoorbeeld met betrekking tot de vraag wat de status is van een ‘internationale overeenkomst’ als de beslissing die door de lidstaten inzake Bangladesh werd genomen – zijn de mogelijkheden van de lidstaten vanuit het perspectief van het Unierecht be-

¹³³ *Ibid.*, r.o. 16.

¹³⁴ Bruno de Witte, ‘Chameleonic Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements’, in: Bruno de Witte, Dominik Hanf en Ellen Vos (red.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law* (Atwerpen/Oxford/New York: Intersentia 2001) 232-233.

grensd; vaak met voorbijgaan aan de regels die in dit verband in het Weens Verdragenverdrag zijn neergelegd.¹³⁵ De manier om gewoonlijk dit soort begrenzingen te rechtvaardigen, is een beroep op het beginsel van loyale samenwerking; het federale instrument om het evenwicht in de Unie te bewaren. Ook zonder dat het Hof erbij aan te pas komt, hebben de lidstaten de verplichting alles na te laten wat de goede werking van de EU kan schaden. Uit dien hoofde was het waarschijnlijk netter geweest om de Raad niet als internationaal platform te gebruiken. Indien de vrede toch een keer wordt doorbroken, is het echter evengoed federaal en loyaal om, zoals het Hof deed, ruimte te laten voor een ‘uitzondering’. Gebeurt dat niet, dan bestaat het risico dat het constitutionele weefsel van de Unie kapot gaat. Kortom, een beslissing als *Bangladesh* toont in twee opzichten het federale gezicht van de Unie. In de eerste plaats omdat de uitspraak bevestigt dat de lidstaten nog steeds ‘Herren der Verträge’ kunnen zijn. En in de tweede plaats omdat de beslissing een voorbeeld vormt van het vermogen van een instelling van het ene niveau om zich in te leven in een handeling van een optreden dat op het andere niveau plaatsvindt.

Wil dit alles nu zeggen dat de uitspraak van Van Middelbaar waarmee deze paragraaf opende – te weten, dat de veranderingsregels van een politiek lichaam zijn wezen tonen – maar betrekkelijk relatief is? Dat zou te ver voeren. Sinds de oprichting van de EEG in 1957 zijn meerdere pogingen ondernomen, vooral rond de Europese Grondwet, om artikel 48 VEU meer in de geest van het meerderheidsprincipe in te richten.¹³⁶ Zowel het feit dat deze pogingen zijn ondernomen als het feit dat zij mislukt zijn, zegt veel over het eminente politieke en juridische belang van de inhoud en vorm van een amenderingsprocedure. De lidstaten hebben haarfijn in de gaten dat mogelijk een Rubicon overgestoken zou worden indien zij niet meer individueel op de rem kunnen trappen bij pogingen om het ‘maatschappelijke verdrag’ van de EU te wijzigen. Tegelijkertijd is de specifieke inhoud en vorm van een wijzigingsprocedure ook weer niet zo existentieel dat op basis hiervan het wezen van een politiek lichaam in volle glorie voor alles en iedereen zichtbaar is. Of althans, dat is zij niet voor zover alleen op de dichotomie unanimité-meerderheid wordt gelet. Er bestaan verschillende, evident, gewone internationale organisaties die functioneren op grond van wijzigingsprocedures met een gekwalificeerde meerderheid als premisse.¹³⁷ Echt innovatief zou pas zijn dat instellingen van de Unie formele zeggenschap zouden krijgen over de vraag of een voorgesteld amendement doorgang kan vinden. Nu is voor de instellingen – het Europees Parlement en, eventueel, de Commissie – slechts een adviserende rol weggelegd. Wel ligt het initiatief voor wijzi-

¹³⁵ Zie algemeen: Jan Klabbers, *Treaty Conflict and the European Union* (Cambridge: Cambridge University Press 2009).

¹³⁶ Beschreven in Van Middelbaar, *De passage naar Europa*, 173-177.

¹³⁷ Zie bijv. de eerder, in vn. 112 van dit hfdst., weergegeven wijzigingsprocedure van de Internationale Koffie-organisatie.

HOOFSTUK 9

ging van het Verdrag in handen van een instelling van de Unie, de Europese Raad.¹³⁸

Stel dat in de toekomst art. 48 VEU zo gewijzigd zou worden dat een Europese instelling¹³⁹ een aandeel krijgt in ‘grondwetsherziening’. Dan nog is het de vraag of men werkelijk uitsluitel wordt geboden over het wezen van de Unie. Tegenover zo’n procedure zou vermoedelijk met artikel 50 VEU nog altijd een individueel recht op uittreding staan. Er zijn commentatoren die aan het feit dat hier in het Verdrag wat over geregeld wordt, de conclusie verbinden dat de lidstaten ook in deze ultieme keuze niet (langer) vrij zijn.¹⁴⁰ Dit argument volgt dezelfde logica als hierboven ook met de ‘Unionisering’ van nationale parlementen werd gepresenteerd. Deze logica lijkt in dit geval echter niet zo sterk. Bij artikel 50 VEU gaat het om een individuele keuze van een lidstaat om uit de Unie te stappen.¹⁴¹ Zij is bovendien juist in het Verdrag terecht gekomen om af te rekenen met theorieën die in de afwezigheid van een uittredingsclausule in eerdere Verdragen bewijs zagen voor het verlies van nationale soevereiniteit.¹⁴²

Meestal worden grondwetswijziging en uittreding als twee kanten van dezelfde medaille gezien. Helemaal vanzelfsprekend is dat echter niet. De zuidelijke Amerikaanse staten die in 1789 met de ratificatie van de federale constitutie instemden, stelden zich in latere jaren op het standpunt dat zij het recht bezaten om uit de Unie te stappen – zelfs nu de constitutie, anders dan het VvL, geen uittredingsclausule bevat(te). Het is uiteraard mogelijk om in dit laatste een bewijs te zien dat de claim van de Zuidelijke staten ongegrond was.¹⁴³ Dat bewijs aanvaarden – en daarmee komen we weer aan bij de centrale boodschap

¹³⁸ Van Middelaar baseert hier voor een belangrijk deel zijn these van een ‘tussensfeer’ op. Dat beeld suggereert echter ten onrechte dat er, in existentiële zin, een uitweg is uit een keuze tussen staat en internationale organisatie. Beter zou zijn geweest als hij had gesproken van ‘schemersfeer’. Want met het initiatief bij een instelling van de Unie, zelfs al gaat het hier om de verzameling van regeringsleiders, is de wijzigingsprocedure wel een zeer sterk voorbeeld van een ‘federaal instrument’ om de soevereiniteitsvraag te vertroebelen.

¹³⁹ Een Europawijd referendum zou ook een optie zijn.

¹⁴⁰ Schönberger, ‘Die Europäische Union als Bund’, 103; Pernice, ‘The Treaty of Lisbon’, 405.

¹⁴¹ Lid 1 van art. 50 VEU luidt onomwonden: ‘Een lidstaat kan overeenkomstig zijn grondwettelijke bepalingen besluiten zich uit de Unie terug te trekken.’ De overige leden van het artikel maken duidelijk dat een uittredende lidstaat wel de medewerking nodig heeft van andere lidstaten wat betreft voorwaarden waaronder wordt uitgetreden.

¹⁴² Vgl. *supra*, vn. 4 in hfdst. 7. Dit argument was niet bijzonder sterk. Het Weens Verdragenverdrag bepaalt in art. 56 dat het bij het ontbreken van een uittredingsclausule in een verdrag in beginsel niet rechtmatig is om eenzijdig te bedanken voor het lidmaatschap van een verdrag. Ook *volkenrechtelijk* gezien is het dus geen uitgemaakte zaak dat staten in zo’n geval kunnen opstappen.

¹⁴³ Zie Amar, *America’s Constitution*, 33-39, die beschrijft hoe ten tijde van de ratificatie door geen enkele federalist de optie werd opengelaten dat uittreding uit de Unie tot de mogelijkheden behoorde. Ook veelzeggend, aldus Amar, is dat geen van de staten tijdens hun conventies waarbij over de ontwerp-grondwet gedebatteerd en gestemd werd een voorbehoud werd gemaakt met betrekking tot het recht van uittreding.

van dit boek – gaat echter voorbij aan het ‘machtbildende Karakter’ van recht. In zekere zin is het enkele feit dat, op grond van een bepaalde interpretatie van een constitutie, jaren na de stichting van een constitutionele orde van verschillende zijden wordt beweerd dat aan de basis van deze orde niet een ‘We the people’, maar een ‘We the peoples’ heeft gestaan, al voldoende om deze veronderstelling conceptuele legitimiteit te verschaffen. Hypothetisch zou deze logica zelfs kunnen worden toegepast op een Nederlandse situatie. Aangezien de Nederlandse grondwet, anders dan indertijd de Amerikaanse of nu de Europese constitutie, geen echte aanknopingspunten voor een Friese of Limburgse claim op soevereiniteit biedt, zal in zo’n geval echter duidelijk zijn dat er sprake is van een revolutie. In constitutionele schemerconstructies kan dit minder eenduidig gezegd worden. Totdat zich een uitzonderingstoestand voordoet, zullen mensen in dit soort constructies moeten leven met de mogelijkheid van constitutionele onmogelijkheden.¹⁴⁴

9.7 De eurocrisis als uitzonderingstoestand?

In deze studie is een poging gedaan om onder de huid van het Europese recht te kruipen. Doel daarbij was om bloot te leggen door welke leidende beginselen dit recht wordt aangedreven. Referentiekader het grootste deel van de tijd was het constitutionele regime zoals thans in het VvL is neergelegd, de rechtspraak van het HvJ, en ook de heersende constitutionele doctrine ten aanzien van het integratieproces in de lidstaten, in het bijzonder zoals vertolkt door het Duitse *Bundesverfassungsgericht*. De afgelopen jaren is dit referentiekader echter mogelijk van kleur veranderd. Ter bestrijding van de eurocrisis zijn verschillende juridische arrangementen tot stand gekomen, soms binnen het reguliere Unierecht, soms hierbuiten, die de Unie zoals we die kennen op haar grondvesten doet trillen. Zowel omdat door deze arrangementen twijfel is gerezen over het constitutionele karakter van de Unie als omdat meer dan ooit tevoren de vraag op tafel is komen te liggen welke eenheid men bedoelt als over de Unie wordt gesproken.

Carl Schmitt had, zoals inmiddels bekend zal zijn, een woord voor situaties waarin onzekerheid heerst over de aard van het recht. Hij noemde dat uitzonde-

¹⁴⁴ Schmitt, *Verfassungslehre*, 375 (‘Wenn der Bund seinem Wesen nach dauernd sein soll, so muß der Beitritt zum Bund den dauernden Verzicht auf das Sezessionsrecht bedeuten, soll aber der Bund gleichzeitig ein Vertrag sein und sollen die Staaten des Bundes ihre selbständige politische Existenz nicht verlieren, so müssen die Bundesmitglieder in der Lage bleiben, über die etwaige Unmöglichkeit, Anwendbarkeit und Aufhebbarkeit dieses Vertrag selbst zu entscheiden, und das ist eben Sezessionsrecht.’)

HOOFSTUK 9

ringstoestanden.¹⁴⁵ In het resterende gedeelte van dit laatste hoofdstuk zal worden onderzocht of de eurocrisis als uitzonderingstoestand valt aan te merken en wat een eventueel bevestigend antwoord op deze vraag betekent voor de kwalificatie van de Unie als federatie. Kenmerkend aan een uitzonderingstoestand is dat hierin wordt geopenbaard waar de soevereiniteit ligt. Dat zou slecht nieuws kunnen zijn voor aanhangers van de *Bund*. Federalisme bestaat beweerdelijk immers bij gratie van het feit dat verduisterd wordt waar de soevereiniteit ligt.

9.7.1 *Tussen recht en politiek in een tijd van crisis*

De uitzonderingstoestand waar Schmitt over schreef, wordt vaak in verband gebracht met staatsnoodrecht. Van dergelijk recht vangen wij de afgelopen jaren mogelijk ook regelmatig een glimp op. Het adagium ‘nood breekt wet’ is echter niet direct de invalshoek van waaruit de aanpak van de crisis hier bekeken zal worden. De aandacht in deze paragraaf gaat eerder uit naar de vraag wie er *besloten* heeft en in welke hoedanigheid dat gebeurde. Daar was het Schmitt in ieder geval primair om te doen met zijn these van de uitzonderingstoestand: het existentiële en hermeneutische belang voor de beoefening van het recht benadrukken van situaties waarin mogelijk buiten de oevers van het positieve recht wordt getreden.

Vooralsnog springen twee juridische maatregelen er in dit verband uit: het Stabiliteitsverdrag en het ESM-Verdrag.¹⁴⁶ Samen geven deze twee verdragen een treffend beeld van de dynamische fase waarin de Unie momenteel verkeert. Intrigerend, vanuit het perspectief van dit boek, is in het bijzonder de relatie tussen recht en politiek die zich in de bestrijding van de crisis is gaan aftekenen. Als gevolg van de manier waarop de lidstaten tegen de crisis optreden, oogt deze relatie nog paradoxaler dan zij al was in de Unie. Enerzijds illustreren de maatregelen die in dit verband worden genomen de typisch Europese neiging tot juridisering. Of het nu gaat om de strikte voorwaarden die in het ESM-verdrag verbonden worden aan het verlenen van noodsteun of om de aanpak van het streven naar begrotingsevenwicht in het Stabiliteitsverdrag, afgezet tegen de begrotingspraktijk in de lidstaten vormt de bestrijdingswijze van de crisis in veel opzichten een vrij unieke poging om financieel-economisch beleid te depolitiseren en te juridiseren.¹⁴⁷ Anderzijds legt het pad dat de lidstaten bewandelen

¹⁴⁵ *Supra*, § 1.6.

¹⁴⁶ Zie ook *supra*, § 4.2.

¹⁴⁷ Zie Jan-Herman Reestman, ‘Constitutioneel minimalisme: het Stabiliteitsverdrag in de Nederlandse rechtsorde’, 4 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2013) 6, 23-24. Vgl. ook L.F.M. Besselink en J.-H. Reestman, ‘Editorial: The Fiscal Compact and the European Constitutions: ‘Europe speaking German’’, 8 *European Constitutional Law Review* (2012) 1-8; Pieter-Augustin van Malleghem, ‘Pringle: A Paradigm Shift in the European Union’s Monetary Constitution’, 14 *German Law Journal* (2013) 141.

bloot dat de Unie in de ogen van diezelfde lidstaten, ruim een halve eeuw na het Verdrag van Rome, nog steeds in belangrijke mate fungeert als *vehikel*, waarvan gebruik (of niet) kan worden gemaakt op een manier die de lidstaten uitkomt. Behalve als een toonbeeld van juridisering valt de aanpak van de crisis, paradoxaal genoeg, daarom ook te kenschetsen als een opleving van het (nationale) primaat van de politiek.

In onmiddellijke zin, was deze opleving waarschijnlijk het sterkst aanwezig toen in december 2011 het Stabiliteitsverdrag werd gesloten. Het decor waartegen dit verdrag tot stand kwam, was een veto van het Verenigd Koninkrijk tegen een poging, op instigatie van Duitsland, om dezelfde materie te regelen in het Verdrag van Lissabon.¹⁴⁸ Het Stabiliteitsverdrag zit vol met verwijzingen naar het Unierecht: het primaat van het Unierecht zal worden gerespecteerd; de verplichting wordt geformuleerd om de geregelde materie binnen vijf jaar in het Unierecht te integreren.¹⁴⁹ Dat de overige lidstaten in reactie op het Britse ‘nee’ de route van het internationale recht hebben opgezocht, is vanuit het perspectief van het Unierecht niettemin bedenkelijk te noemen. Wat is precies de waarde van de wijzigingsprocedure van artikel 48 VEU, als zij simpelweg kan worden omzeild op het moment dat niet wordt voldaan aan het daarin neergelegde vereiste van unanimiteit? Dit wringt te meer, daar door de lidstaten in het Stabiliteitsverdrag een beroep wordt gedaan op een aantal instellingen van de Unie: de Commissie, de Europese Centrale Bank en het Hof van Justitie. De veronderstelling is dus dat het legitiem is om bij gebrek aan unanimiteit met een deel van de lidstaten buiten de directe omgeving van de Unie verder in conclaaf te gaan en daarbij van diezelfde Unie gebruik te maken.¹⁵⁰

Op zich is het de lidstaten niet verboden om onderling verdragen te sluiten. Zeker waar de Unie geen bevoegdheden heeft, levert dit vrijwel geen problemen op.¹⁵¹ Lastiger wordt het wanneer men te maken heeft met een beleidsterrein waarop de Unie en de lidstaten een bevoegdheid delen. Dit is het *Bangladesh*-scenario. Zoals in de vorige paragraaf beschreven werd, speelt dan het dilemma dat mogelijk de constitutionele integriteit van de Unie wordt aangetast wanneer de lidstaten ervoor kiezen te vluchten in het internationale recht. Of in het geval van het Stabiliteitsverdrag sprake is van een terrein waarop de Unie een gedeelde bevoegdheid bezit, wordt betwist. Economisch beleid zweeft blijkens het

¹⁴⁸ Zie voor de verschillende opties die werden overwogen: *Towards a Stronger Economic Union: Interim Report to the European Council*, 6 december 2011.

¹⁴⁹ Resp. art. 3 lid 1 en art. 16 Stab.verdrag.

¹⁵⁰ Zie Paul Craig, ‘The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism’, 37 *European Law Review* (2012) 231, 238. Vgl. verder Reestman, ‘Constitutioneel minimalisme’, 9, die suggereert dat het VK en Tsjechië (makkelijker) gepasseerd hadden kunnen worden, indien ter bewerkstelling van de begrotingsevenwichtsnorm de weg van het secundaire Unierecht was gevolgd.

¹⁵¹ In zo’n geval dient volgens de jurisprudentie van het HvJ nog steeds wel het primaat van het Unierecht eerbiedigd te worden. Zie Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, 313-320.

HOOFSTUK 9

Werkingsverdrag ergens tussen een gedeelde en een coördinatiebevoegdheid in.¹⁵² Zelfs al zou sprake zijn van de laatste categorie, dan is het nog echter dubieus of lidstaten zo mogen handelen als ze gehandeld hebben met het begrotingspact. Het *Bangladesh*-scenario is gebaseerd op de instemming van *alle* lidstaten. De situatie waarin de tegenstem van een lidstaat wordt genegeerd en de Unie de rug wordt toegekeerd om vervolgens, vanuit de sfeer van het internationale recht een beroep te doen op diezelfde Unie, is daarmee niet direct te vergelijken. In de woorden van de bekende Engelse jurist Paul Craig, een criticus van deze praktijk:

‘If Member States use the veto and hence prevent change to the Lisbon Treaty in accord with the rules of the game embodied therein, it is unclear why an institution that only exists as a creation of that very Treaty should be able to decide to pursue the vetoed objectives via a different treaty.’¹⁵³

Op de constitutionele zuiverheid van de manier waarop het ESM-Verdrag van kracht is geworden, kan ook kritiek worden geuit. Gebrek aan unanimiteit was hier niet het probleem. Aan de oprichting, via de route van het volkenrecht, van een permanent noodfonds voor de eurozone ging een (unaniem) besluit van de Europese Raad vooraf om het Werkingsverdrag te wijzigen.¹⁵⁴ Op deze manier moest worden voorkomen dat het noodfonds in strijd zou komen met de veelbesproken ‘no bail out’-clausule, die is neergelegd in artikel 125 VWEU.¹⁵⁵ Aldus werd door de lidstaten de indruk gewekt dat de betreffende verdragswijziging, die is terug te vinden in artikel 136 lid 3 VWEU, de *grondslag* zou vormen voor

¹⁵² Zie art. 2 lid 5 VWEU. Vgl. over de betekenis van deze bepaling Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, 371-374; Craig, *The Lisbon Treaty*, 178-181.

¹⁵³ Craig, ‘The Stability, Coordination and Governance Treaty’, 239. Deze mening wordt niet gedeeld door Miguel Maduro. Volgens Maduro hadden de overige 25 lidstaten – uiteindelijk besloot ook Tsjechië zich niet tot de verscherpte begrotingsregels te verplichten – gelijk om de positie van het Verenigd Koninkrijk niet te accepteren. Dit omdat de Britten, in ruil voor instemming, ‘wanted a reintroduction in certain fields of competences of a veto right for the United Kingdom’. Dit is, juridisch gezien, een wat merkwaardige redenering. De inhoudelijke gronden van een veto zouden niet ter zake moeten doen voor de vraag wat zijn rechtsgevolgen zijn. De opmerking van Maduro is terug te vinden in: Anna Kocharov (red.), ‘Another Legal Monster? An EU Debate on the Fiscal Compact Treaty’, EU Working Paper LAW 2012/09, 3-4.

¹⁵⁴ Besluit 2011/199. Het besluit van de Europese Raad werd genomen onder artikel 48 lid 6 VEU, de vereenvoudigde wijzigingsprocedure. Deze toepassing, de eerste in het nog korte bestaan van de procedure, is, samen met andere grieven, onderwerp van geschil geweest in een prejudiciële procedure voor het HvJ op basis van vragen van de hoogste Ierse rechter. De uitspraak in deze procedure, *Pringle*, komt hieronder uitgebreider aan bod.

¹⁵⁵ Ook nu waren de Duitsers weer de drijvende kracht. Zie Bruno de Witte, ‘The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism’, *Steps European Policy Analysis* 2011: 6.

het ESM. Later heeft men echter geprobeerd dit narratief aan te passen.¹⁵⁶ Op een bepaald moment bleek het namelijk onwenselijk om de goedkeuring van het besluit van de Europese Raad in alle lidstaten af te wachten. De dominante lezing werd nu dat de verdragswijziging een *bevestiging* vormde van een al bestaande bevoegdheid van de lidstaten om in casu buiten het Unierecht om op te gaan.

De manoeuvre van de 17 eurolanden om niet te wachten tot artikel 136 lid 3 VWEU in werking was getreden en het ESM al eerder van kracht te laten worden, was één van de grieven die een Ierse parlementariër, Thomas Pringle, aan zijn nationale rechter voorlegde om te betogen dat het ESM-Verdrag onrechtmatig tot stand was gekomen. Deze grief werd samen met nog twee andere grieven uiteindelijk door het Ierse *Supreme Court* op grond van artikel 267 VWEU doorspeeld naar het Hof in Luxemburg. In de uitspraak die hierop volgde, pleitte het HvJ de handelswijze van de lidstaten op alle fronten vrij.¹⁵⁷ De sleutel om aan de koerswijziging van de lidstaten groen licht te geven, vindt het Hof in een minder ruime lezing van artikel 125 VWEU dan door Pringle werd voorgestaan. Volgens de Ierse parlementariër druiste het ESM volledig in tegen de geest waarin de lidstaten tijdens de onderhandelingen over het Verdrag van Maastricht tot de ‘no bail out’-clausule waren gekomen. Die geest was: crisispreventie. Geconfronteerd met de tucht van de markt, zou de dreiging van het uitblijven van hulp door de Unie of andere lidstaten de individuele lidstaat ertoe aanzetten om een gezond begrotingsbeleid te voeren en niet teveel schulden op zich te laden.¹⁵⁸ Het Hof vond deze uitleg te beperkt. Volgens de Luxemburgse rechter sluit het Verdrag niet zozeer uit dat de lidstaten elkaar financiële bijstand mogen verlenen, als wel dat zulke bijstand verleend wordt zonder tegelijkertijd ook begrotingsdiscipline bij de lidstaten te bewerkstelligen.¹⁵⁹ Zolang dergelijke prikkels gecreëerd werden – en volgens het Hof werden die prikkels in het ESM-Verdrag gecreëerd – diende het noodfonds ‘een hoger doel’ van artikel 125 VWEU, ‘te weten de handhaving van de financiële stabiliteit van de monetaire Unie’.¹⁶⁰ Deze lezing van artikel 125 VWEU – het ESM leidt in beginsel niet tot verboden ‘bail outs’ – maakte vervolgens de weg vrij voor een eerder in de uitspraak uitgesponnen, rekkelijke opvatting met betrekking tot het thema bevoegdheden. Kort gezegd: zolang de lidstaten niet in strijd handelen met het Unierecht, zijn zij op het terrein van economisch beleid vrij om een toevlucht te zoeken tot het internationale recht – een opvatting derhalve die de lidstaten, het

¹⁵⁶ Zie Jonathan Tomkin, ‘Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics: The Impact of the Adoption of the ESM Treaty on the State of European Democracy’, 14 *German Law Journal* (2013) 169, 177.

¹⁵⁷ Zaak C-370/12, *Pringle*, 27 november 2012, nng.

¹⁵⁸ Zie voor een goed overzicht van de argumenten van Pringle: Tomkin, ‘Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics’.

¹⁵⁹ *Pringle*, r.o. 133-137.

¹⁶⁰ *Ibid.*, r.o. 135.

HOOFTUK 9

probleem van de veto even daargelaten, ook huldigden toen zij het Stabiliteitsverdrag schreven.¹⁶¹

De uitkomst in *Pringle* komt niet als een verrassing. Vooraf gezien leek het niet goed voorstelbaar dat de Europese rechter op zo'n cruciaal moment in het integratieproces op de rem zou trappen wat betreft de keuze van de lidstaten om de crisis te lijf te gaan. Begrijpen waarom een rechterlijke beslissing op een bepaalde manier uitvalt, is echter niet hetzelfde als haar in normatief opzicht kunnen billijken. Op een aantal onderdelen is dat billijken overigens geen probleem. Het ESM-Verdrag kwam mede tot stand omdat de Unie zelf vooralsnog onvoldoende begrotingscapaciteit heeft om een situatie van financiële nood aan te kunnen.¹⁶² Nog afgezien van de vraag of er een rechtsbasis was geweest om zulke noodhulp te kunnen verlenen, was een oplossing binnen het Uniekader dus niet meteen voorhanden geweest.¹⁶³ Dit laat echter onverlet dat het problematisch is dat de lidstaten niet met de oprichting van het ESM hadden gewacht totdat artikel 136 VWEU was gewijzigd. Nu komt de oorspronkelijke intentie van de lidstaten om het Unierecht als uitgangspunt te nemen als een soort boemerang terug. Want als wijziging van het Verdrag van Lissabon niet nodig was om het ESM op te zetten, dan komt het voor dat artikel 136 lid 3 VWEU een acclamatie is van de voortdurende soevereiniteit van de lidstaten. Dit is hoe het Duitse *Bundesverfassungsgericht* de bepaling interpreteerde in zijn uitspraak over het ESM-verdrag.¹⁶⁴ En, verrassender, dit lijkt ook de opvatting van Advocaat-Generaal Kokott in haar standpuntbepaling bij het *Pringle*-arrest.¹⁶⁵ Kokott gaat zelfs zo ver om nationale soevereiniteit een 'structuurbeginsel' van het Unierecht te noemen. Dat is nog niet eerder gebeurd. Waar het fenomeen soeve-

¹⁶¹ *Ibid.*, r.o. 47-76. Ten aanzien van zowel het Stabiliteitsverdrag als het ESM-verdrag speelt de behalve de vraag of economisch beleid een *gedeelde* bevoegdheid vormt en in hoeverre zo'n bevoegdheid speelruimte overlaat voor de lidstaten om onderling verdragen te sluiten, meer primair ook nog de vraag of in beide gevallen wel zuiver gesproken kon worden van economisch beleid. De EMU bestaat uit twee pijlers, monetair en economisch beleid, en op monetair gebied heeft de Unie een *exclusieve* bevoegdheid en zou, indien gemeend zou worden dat bijvoorbeeld het verlenen van noodsteun dit gebied bestreek, de vraag naar speelruimte überhaupt niet op tafel komen. Het Hof is in *Pringle* echter duidelijk dat deze twee pijlers *in casu* van elkaar kunnen worden gescheiden.

¹⁶² Zie Bruno de Witte en Thomas Beukers, 'The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: *Pringle*', 50 *Common Market Law Review* (2013) 805, 808-810.

¹⁶³ Toen de financiële crisis zich begin 2010 verdiepte, kozen de lidstaten in eerste instantie wel voor zo'n oplossing binnen het Uniekader. Het 'European Financial Stability Mechanism' (EFSM) kwam tot stand via een verordening die was aangenomen op basis van art. 122 lid 2 VWEU (407/2010 van 11 mei 2010, PB 2010, L 118/1). Dit mechanisme had echter maar beperkte vuurkracht. Bovendien waren er twijfels of deze grondslag juridisch wel solide was. Zie De Witte en Beukers, 'The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order', 810.

¹⁶⁴ BVerfG 12 september 2012, 2 BvR 1390/12 (*ESM/Fiskalpakt*), r.o. 237.

¹⁶⁵ *Pringle*, r.o. 137-138 van de Standpuntbepaling van A-G Kokott.

reiniteit in Europese jurisprudentie opduikt – bijvoorbeeld in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* – is de invalshoek althans heel anders: de nadruk ligt dan op het beperken van soevereiniteit.¹⁶⁶

Voor een historicus of expert op het terrein van internationale betrekkingen is het beeld van de Unie als samenwerkingsverband van soevereine staten wellicht niet erg schokkend. Juristen zijn echter gewend om de Europese rechtsorde als een constitutioneel schemergebied te beschouwen waarin voor dergelijke uitingen van soevereiniteit geen plaats meer is. Voor hen heeft de *Pringle*-uitspraak daarom mogelijk het karakter van een Schmittiaanse uitzonderingstoestand – een moment waarop, tussen alle regelstelling door, de sluier van de Europese rechtsgemeenschap even wordt opgetild en haar politieke wezen wordt getoond. Vormt de wijze waarop de eurocrisis wordt aangepakt daarmee ook het demasqué van de Unie als rechtsgemeenschap? Nee. Eerder is het zo dat recht en politiek elkaar in deze crisis in een ongemakkelijke greep houden. Weliswaar laten de lidstaten met de vervaardiging van het ESM-verdrag en het Stabiliteitsverdrag hun politieke gezicht zien, depolitisering is wel degelijk ook een belangrijk kenmerk van de aanpak van de crisis. Hiervan is, wederom, het meest duidelijk sprake in het Stabiliteitsverdrag. Dit verdrag legt de deelnemende partijen de verplichting op om het begrotingsevenwicht dat zij hebben afgesproken te zullen handhaven, als norm in hun nationale recht neer te leggen op een ‘bindende en permanente, bij voorkeur constitutionele’ wijze.¹⁶⁷ De verplichting voor de lidstaten om een evenwicht op de begroting te bewaren, is niet nieuw. Juridisering van hun begrotingsvrijheid is in feite al gaande sinds de oprichting van de EMU.¹⁶⁸ De gekozen methode om de verplichting af te dwingen en aan te scherpen is, hoewel misschien niet noodzakelijk, niettemin een wel zeer uitgesproken wijze om debat over economische politieke keuzes in normen te smoren.¹⁶⁹ Vanwege termen als ‘bindend’ en ‘permanent’ is zelfs de typering van *Ewigheidsklausel* al wel eens gevallen.¹⁷⁰

Behalve aan de begrotingsevenwichtsnorm kan ter illustratie van de neiging om zaken te depolitiseren verder gedacht worden aan het, al genoemde, schijnbare gemak waarmee de lidstaten buiten de Unierechtsorde om een beroep te kunnen doen op de instellingen van de EU. Dit doet het constitutionele imago

¹⁶⁶ Zie Ton van den Brink en Jan Willem van Rossem, ‘Sovereignty, Stability and Solidarity: Conflicting and Converging Principles in a Time of European Crisis’, uitgenodigd voor publicatie in het *Irish Journal of European Law* (2014).

¹⁶⁷ Art. 3 lid 2 Stab.verdrag. Zie Jan-Herman Reestman, ‘De ondoorgrondelijke systematiek van het wetsvoorstel HOF’, *NJB* (2013) 241, over de wijze waarop deze norm in het Nederlandse recht wordt verankerd.

¹⁶⁸ In het bijzonder sinds de oprichting van het Stabiliteits- en Groei Pact in 1997. Vgl. verder Steve Peers, ‘The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?’, 8 *European Constitutional Law Review* (2012) 404, 441.

¹⁶⁹ Zie Van Rossem, ‘Pleidooi voor een materiële soevereiniteitsopvatting’, 51.

¹⁷⁰ Deze typering was afkomstig van Maduro en is te vinden in het al eerder genoemde verslag ‘Another Legal Monster?’, 5.

HOOFSTUK 9

van de Unie geen goed. In het beroep op deze instellingen ligt tegelijkertijd echter ook een hang naar vastigheid besloten die typerend is voor de kwalificatie van de Unie als rechtsgemeenschap. In ieder geval binnen de eurozone lijkt desintegratie geen optie. Bij gebrek aan draagvlak voor ‘institutionele vergezichten’, grijpen de lidstaten daarom terug op (quasi-)onafhankelijke instituties als de ECB, de Commissie en natuurlijk het Hof zelf om te voorkomen dat politieke krachten in financieel-economische kwesties de overhand krijgen. Deze instellingen, zo lijkt de gedachte, zijn ‘neutraal’ en ‘deskundig’, en daarom zou hun toegenomen rol gerechtvaardigd zijn.¹⁷¹ Er zit, met andere woorden, dus een keerzijde aan de erupties van nationale soevereiniteit die we de afgelopen jaren gezien hebben. Het netto resultaat van de uitoefening hiervan is dat ogenschijnlijk betrekkelijk weinig ruimte wordt gelaten voor datgene wat soevereiniteit in materiële zin definieert: politieke zelfbeschikking.

9.7.2 *Zelfbeschikking in de knel*

Is politieke zelfbeschikking of, anders geformuleerd, democratie, inderdaad het kind van de rekening in de eurocrisis?¹⁷² In ieder geval met het ESM-verdrag en het Stabiliteitsverdrag lijken de lidstaten een ‘tussensfeer’ te hebben opgezocht waarin voor zowel de democratie op Europees niveau als de democratie op nationaal niveau in de knel komt.¹⁷³ Het gehanteerde model is, als gezegd, dat van

¹⁷¹ Dit wil overigens niet zeggen dat deze ‘onafhankelijke’ instellingen zelf geen politiek bedrijven. Integendeel. Met name de rol van de Commissie – denk aan de aanbevelingen in het kader van het Europees Semester – heeft een sterk politiek profiel; en wordt om die reden waar mogelijk, zoals recentelijk bij de vormgeving van het resolutiemechanisme van de Europese bankenunie, zo beperkt mogelijk gehouden. Het punt hier is echter dat de lidstaten een toezichhoudende en *feitelijk* beslissende rol van de Commissie, gekoppeld aan behoud van formele nationale zeggenschap, verkiezen boven een volledige oplossing binnen het kader van de Unie (Europese schuldenunie).

¹⁷² De Raad van State gebruikt in een voorlichting over de gevolgen van de eurocrisis voor de Eerste Kamer het beeld van een parlementair ‘niemandsland’. Zie *Kamerstukken I* 2012/13, 33 454, nr. AB, 11. Vgl. verder Bastiaan van Apeldoorn, ‘De democratie wordt geofferd op het altaar van de muntunie’, *Volkskrant*, 20 december 2013, www.volkskrant.nl/vk/nl/3184/-opinie/article/detail/3565833/2013/12/20/De-democratie-wordt-geofferd-op-het-altaar-van-de-muntunie.dhtml.

¹⁷³ ‘Tussensfeer’ is, zoals eerder naar voren kwam, een term die door Luuk van Middelaar in zijn boek *De passage naar Europa* wordt gehanteerd ter aanduiding van de constitutionele ruimte waarin, volgens hem, de Europese Raad opereert. De wijze waarop de eurocrisis te lijf wordt gegaan, toont ons echter dat het etiket ‘tussensfeer’ misschien een nieuwe bestemming verdient. Waar de Europese Raad formeel wordt ingekaderd door het Unierecht, wordt met genoemde verdragen een ruimte betreden die zich daadwerkelijk tussen het Unierecht en het nationale recht lijkt te bevinden. Het ESM-Verdrag en het Stabiliteitsverdrag zijn overeenkomsten die buiten het raamwerk van de Unie, in de sfeer van het internationale (publiek)recht, tot stand zijn gekomen, maar – door aan te geven dat het primaat van het Europe-

intergouvernementele samenwerking, aangevuld met ‘neutrale’, ‘deskundige’ instituties.¹⁷⁴ Waar een beroep wordt gedaan op de Commissie, de ECB, en ook het Hof, schittert het Europees Parlement door afwezigheid. En op nationaal niveau komt de rol van parlementen door het gekozen pad van juridisering ook meer en meer onder druk te staan. Het juridische regime dat bij het Verdrag van Maastricht tot stand kwam – een gezamenlijke munt, afschrikingsregels om lidstaten te stimuleren een gezond begrotingsbeleid te voeren en grote vrijheid om nationaal economisch beleid te formuleren – zocht zijn legitimatie nadrukkelijk in de nationale democratie.¹⁷⁵ Deze opzet begint echter te wringen. Weliswaar houden nationale parlementen in het kader van beide constructies over begrotingskwesties nog wel formele beslissingsmacht, in inhoudelijk opzicht valt er steeds minder te kiezen.¹⁷⁶

Ten aanzien van crisiswetgeving die wel binnen het kader van de Unie is aangenomen, doet dit probleem zich in mindere mate voor. Op het vlak van economisch bestuur valt in dit verband te wijzen op het *Sixpack*, een aanscherping van een reeks aan secundaire regelgeving die eind jaren negentig als onderdeel van het Stabiliteits- en Groeipact is aangenomen.¹⁷⁷ Meer recent kan gedacht worden aan de jaarlijkse cyclus van economische beleidscoördinatie onder leiding van de Commissie die het Europees Semester wordt genoemd, alsmede aan het *Twopack*, twee verordeningen die de regels die samenkomen in het Europees Semester strenger maken voor de eurolanden.¹⁷⁸ Al deze maatregelen voorzien, onder andere naar aanleiding van kritiek op een vermeend democratisch tekort in de regimes van het ESM-Verdrag en het Stabiliteitsverdrag, op de één of andere manier in betrokkenheid van het Europees Parlement en nationale parlementen. Vergeleken met de democratische standaard die tegenwoordig normaliter in Europese procedures hoog wordt gehouden, oogt deze betrokkenheid echter mager, en wordt niet zonder reden gesproken over de ‘rise of new

se recht zal worden gerespecteerd en door verschillende instellingen van de Unie te lenen – zich tegelijkertijd stevig vastklampen aan het Unierecht.

¹⁷⁴ Zie Kaarlo Heikki Tuori, ‘The European Financial Crisis: Constitutional Aspects and Implications’, EUI Working Papers Law 2012-28, 46.

¹⁷⁵ Ibid., 44-45.

¹⁷⁶ In commentaren op de aanpak van de crisis wordt het proces van juridisering dat momenteel aan de gang is ten aanzien van financieel-economisch beleid in Europa vaak op één lijn gezet met een proces van constitutionalisering. Dat valt tot op zekere hoogte best te begrijpen. Zowel de verplichting om in een ‘bij voorkeur constitutionele’ nationale bepaling een begrotingsevenwichtsnorm te codificeren als bijvoorbeeld het door het Hof in *Pringle* geformuleerde nieuwe ‘hogere doel’ van de EMU, heeft een duidelijk constitutioneel tintje. Maar het begrip constitutionalisering wordt zo ook wel op een manier gebruikt die behoorlijk losgezongen raakt van het element politiek. Hoewel constitutievorming op een bepaalde manier de antithese van democratie vormt, in de zin dat dit het moment vormt waarop het politieke debat afgebroken wordt, is zij in rechtstheoretische zin immers ook onlosmakelijk verbonden met democratie.

¹⁷⁷ Zie *supra*, vn. 19 in hfdst. 4.

¹⁷⁸ Ibid.

HOOFSTUK 9

intergovernmentalism'.¹⁷⁹ Nieuwe plannen lijken niet met deze trend te breken. Zo wordt in het eerder al genoemde rapport 'naar een echte Economische en Monetaire Unie', van de hand van de voorzitter van de Europese Raad Herman van Rompuy, onder meer het plan gevat om de Commissie met individuele lidstaten contracten te laten sluiten over hervormingen die moeten worden doorgevoerd.¹⁸⁰ Het Europees Parlement heeft al teleurgesteld gereageerd op de wijze waarop de Commissie dit plan heeft uitgewerkt. Vooral de bescheiden rol die het zelf in de plannen krijgt toebedeeld, kan het Parlement niet bekoren.¹⁸¹

Wordt democratische legitimatie van de economische constitutie van de Unie ook van institutionele zijde als een probleem ervaren? Van Rompuy beoogt zich in zijn rapport gevoelig voor dit punt. Zijn boodschap is in de kern dat democratische controle op het niveau behoort waar beslissingen worden genomen. Dus hoewel besluiten 'over de nationale begrotingen (...) een centrale rol in de parlementaire democratieën van de lidstaten' vervullen, 'moeten de bepalingen voor de democratische legitimiteit en verantwoordingsplicht (tegelijker-tijd) garanderen dat het gemeenschappelijk belang van de Unie terdege in acht wordt genomen;' en 'de nationale parlementen hebben echter niet de beste kaarten om die taak volledig te vervullen.'¹⁸² Van Rompuy wijst er verder op dat nationale parlementen en het Europees Parlement ook een gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen om de EMU van democratische legitimiteit te voorzien.¹⁸³

In nationale rechtspraak over maatregelen ter bestrijding van de crisis is, logischerwijze, vooral aandacht besteed aan de rol van nationale parlementen. Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* waarschuwt dat de vertegenwoordigingsfunctie van de Bondsdag niet mag worden uitgehold door de constitutionele architectuur van de Unie die momenteel vorm krijgt.¹⁸⁴ Tegelijkertijd stelt de rechter uit Karlsruhe in zijn uitspraak over de grondwettigheid van het ESM-Verdrag vast dat Duitsland, door dit verdrag te sluiten, niet wezenlijk aan budgettaire autonomie inboet, maar juist een testament afgeeft van haar soevereini-

¹⁷⁹ Tuori, 'The European Financial Crisis', 46.

¹⁸⁰ 26 juni 2012, te raadplegen op: www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/nl/ec/131283.pdf; routekaart, 5 december 2012, te raadplegen op: www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/nl/ec/134192.pdf.

¹⁸¹ Resolutie van het Europees Parlement van 23 mei 2013 over toekomstige wetgevingsvoorstellen betreffende de EMU: reactie op de mededelingen van de Commissie, 2013/2609 (RSP). Zie www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0222+0+DOC+XML+V0//NL.

¹⁸² 'Naar een echte Economische en Monetaire Unie', 5 december 2012, 16.

¹⁸³ Ibid., 17.

¹⁸⁴ Zie algemeen Jan-Herman Reestman, 'Het ESM- en het Stabiliteitsverdrag voor de constitutionele rechters in Estland, Frankrijk en Duitsland', *SEW* (2013) 103, waarin ook Estse en Franse jurisprudentie wordt besproken. Verder is het ESM dus ook in Ierland voorwerp van geschil geweest.

teit en, daarmee ook, van haar democratische gezindheid.¹⁸⁵ In een eerdere uitspraak over de eurocrisis had het al benadrukt dat het, om het begrotingsrecht en de democratie op lange termijn veilig te stellen, prima te rechtvaardigen is als de budgettaire vrijheid van de Bondsdag aan restricties wordt onderworpen.¹⁸⁶ Daarbij maakte het wat het Hof betrof geen verschil of zulke restricties in het eigen nationale dan wel Europese of internationale recht zouden worden neergelegd.¹⁸⁷ Zolang het parlement uiteindelijk maar over de vrijheid blijft beschikken om op een wezenlijke manier vorm te geven aan de Duitse begroting, is er geen probleem.¹⁸⁸ Wat het *Grundgesetz* volgens het Hof derhalve wel uitsluit, is dat Europese instellingen over het budget beslissingsmacht kunnen uitoefenen.¹⁸⁹

In de literatuur is het *Bundesverfassungsgericht* geprezen voor zijn open en terughoudende opstelling tegenover de oplossingen die door de lidstaten zijn bedacht om de eurobrand te blussen en in de toekomst te voorkomen.¹⁹⁰ Inderdaad is de ruimte die in zijn rechtspraak over de eurocrisis aan de politiek wordt geboden groot. Het Hof toetst tamelijk marginaal of maatregelen als het Stabiliteitsverdrag en het ESM-Verdrag in strijd komen met eerder, in uitspraken als *Maastricht* en *Lissabon*, geformuleerde principes zoals soevereiniteit en de Duitse constitutionele identiteit – een lijn die na *Honeywell* ook wel te verwachten viel.¹⁹¹ Dat gezegd hebbende, schuilt er evenwel een visie achter de betreffende jurisprudentie die grotendeels correspondeert met eerdere uitspraken over Europese integratie. Die visie is dat de Europese Unie in de eerste plaats een gemeenschap van staten is en zodoende primair gelegitimeerd moet worden op het nationale overheidsniveau. Voorop staat steeds de bescherming van de ‘haushaltpolitische Gesamtverantwortung’ van de Bondsdag.¹⁹² Dit zet het ‘open’ karakter van de eurocrisisjurisprudentie in een ander daglicht. Neem de belangrijke overweging in het *ESM-Urteil* dat de constitutionele identiteit van Duitsland, beschermd door artikel 79 lid 3 GG, niet eist dat bestaande structuren

¹⁸⁵ *ESM/Fiskalpakt*, r.o. 235-238.

¹⁸⁶ Zie ook BVerfG, 7 september 2011, r.o. 104.

¹⁸⁷ De Duitse grondwet kent al sinds 2009 een begrotingsevenwichtsnorm. Zie art. 115 GG.

¹⁸⁸ Ongetwijfeld speelt in deze overwegingen van het Duitse Hof ook mee dat Duitsland, dankzij de in art. 4 lid 7 ESM neergelegde weging van de stemmen in de spoedprocedure, in het kader van het ESM over een feitelijk veto-recht beschikt en dus niet met ongewenste beslissingen kan worden geconfronteerd. Dat geldt voor de meeste lidstaten niet. Voor de Estse constitutionele rechter, waar het ESM ook werd aangevochten, bleek dit echter geen obstakel voor goedkeuring van het Verdrag.

¹⁸⁹ *ESM/Fiskalpakt*, r.o. 191-213.

¹⁹⁰ Zie e.g. Daniel Thym, ‘The German Constitutional Court – or: the Emperor’s New Clothes’, 17 september 2012, <http://eutopialaw.com/2012/09/17/the-german-constitutional-court-or-the-emperors-new-clothes/>; Mattias Wendel, ‘Judicial Restraint and the Return to Openness: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012’, 14 *German Law Journal* (2013) 21.

¹⁹¹ Zie over *Honeywell*, *supra*, § 6.3.2.

¹⁹² *ESM/Fiskalpakt*, r.o. 219-220.

HOOFSTUK 9

en regels onveranderlijk zijn – lees: dat de oorspronkelijke focus van de EMU op ‘no bail out’ kan worden gerelativeerd indien blijkt dat de stabiliteit van de euro daarmee gediend is.¹⁹³ Deze overweging kan als ‘Europarechtsvriendelijk’ worden uitgelegd. Daar de vormgeving van de EMU als stabiliteitsgemeenschap, over de boeg van de notie constitutionele identiteit, vooral ten dienste staat van de begrotingsverantwoordelijkheid van het Duitse parlement, is deze vriendelijkheid echter wel geclausuleerd.¹⁹⁴

Kort samengevat, waakt het *Bundesverfassungsgericht* er dus wel voor dat de democratie niet lijdt onder de manier waarop de crisis wordt aangepakt, maar ziet het, anders dan hierboven gesuggereerd wordt, in deze aanpak geen werkelijke bedreiging hiervoor.¹⁹⁵ Het is interessant om deze visie naast een drietal recente uitspraken van de Nederlandse Raad van State te leggen. De Raad, bij gebreke aan een constitutionele rechter in Nederland het primaire orgaan om voor constitutionele exegeses aan te kloppen,¹⁹⁶ maakt zich een stuk meer zorgen over de huidige staat van de Europese democratie dan het Duitse Hof. Evenals korte tijd later de Staten-Generaal zelf, was de Raad het zowel in het geval van het ESM-Verdrag als in het geval van het Stabiliteitsverdrag met de regering eens, dat de gevolgen van deze maatregelen voor de democratische rol van het parlement niet zodanig zijn dat hierdoor van artikel 105 Grondwet wordt afgeweken.¹⁹⁷ Anders kijkt de Raad aan tegen het ontbreken van een democratische rol voor het Europees Parlement. Nationale democratische controle kan dit gemis volgens de Raad slechts ten dele compenseren. Met betrekking tot het ESM merkt hij op dat de ‘huidige intergouvernementele vorm’ hiervan daarom ‘niet het eindstation’ kan zijn, ‘maar moet worden gezien als een tussenstation in een voortschrijdend proces van vormgeving van “economic governance”’.¹⁹⁸

De constitutionele bandbreedte waarbinnen de Raad van State opereert, is anders dan die van het *Bundesverfassungsgericht*. De laatste leest in de Duitse

¹⁹³ Ibid., r.o. 222. Een soortgelijke redenering komt men tegen in een uitspraak over het ESM-verdrag van het Estse constitutionele hof. Zie Reestman, ‘Het ESM- en het Stabiliteitsverdrag voor de constitutionele rechters in Estland, Frankrijk en Duitsland’, 107-108. Vgl. ook Wendel, ‘Judicial Restraint and the Return to Openness’, 45-46.

¹⁹⁴ Zie in deze zin ook Hoogers, ‘Karlsruhe en Europa deel zoveel’, 219.

¹⁹⁵ Sterker nog, doordat de lidstaten in bepaalde opzichten stevig de teugels in handen houden – een instelling als de Commissie heeft vooralsnog weinig doorzettingsmacht ten aanzien van nationale budgetten, één van de redenen ook voor het Hof in *Pringle* om het ESM-Verdrag niet onrechtmatig te verklaren – lijkt het Hof zelfs ergens te redeneren dat de (primair nationaal afgemeten) democratie vrij goed uit de crisis naar voren. *ESM/Fiskalpakt*, r.o. 207.

¹⁹⁶ Uitzonderlijk voor Nederlandse begrippen, is de rechter er overigens wel aan te pas gekomen. Een vordering van PVV-leider Wilders om de goedkeuringswet van het ESM te toetsen aan artikel 105 Gw, het budgetrecht, strandde voor de Haagse kortgedingrechter, vrij voorspelbaar, echter op het toetsingsverbod van artikel 120 Gw. Zie Rb. ’s Gravenhage 1 juni 2012, *JB* 2012/174.

¹⁹⁷ Art. 91 lid 3 Gw verlangt bij afwijken van de Grondwet de instemming van een gekwalificeerde meerderheid van de leden van de Staten-Generaal.

¹⁹⁸ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 221, nr. 4, 4.

grondwet een normatief obstakel voor bespiegelingen over *Europese* democratie. Zolang het *Grundgesetz* van kracht is, moet democratie in de eerste plaats *nationale* democratie zijn. De Nederlandse grondwet werpt zulke hindernissen niet meteen op. Niettemin blijft het frappant hoe twee gezaghebbende nationale instituties zo anders tegen de kwestie van democratie kunnen aankijken. Waar de één, gezien de zwaarte van de bevoegdheden die in het geding zijn, instinctief aanklampt bij een democratisch vertoog dat nationaal georiënteerd is – en daarom tegen de aanpak van de crisis ook geen grote bezwaren heeft – is de ander juist van oordeel dat nationaal georiënteerde democratische vertogen ondermaats zijn zonder dat deze op een wezenlijke manier wordt gecomplementeerd met een vertoog dat Europees is georiënteerd.¹⁹⁹

Voor welk gezichtspunt valt het meest te zeggen? ‘Meer’ Europees Parlement is lange tijd een belangrijk antwoord geweest op signalen dat de Unie (en daarvoor de Gemeenschap) onvoldoende democratisch functioneert. Het lijkt echter verre van vanzelfsprekend om dit denkbeeld nu, tijdens de crisis, ook van toepassing te verklaren op het Europese economische beleid. Dit zelfs als in aanmerking wordt genomen dat de tussensfeer van het Stabiliteitsverdrag en het ESM-Verdrag in de nabije toekomst wordt ingeruild voor het constitutionele kader van de Unie. Zoals ook door de Raad van State zelf wordt beschreven, zijn hier twee redenen voor te bedenken.²⁰⁰ De eerste reden heeft te maken met wat wel de ‘variabele geometrie’ van de Unie wordt genoemd. Hiermee wordt uiting gegeven aan de omstandigheid dat het in toenemende mate ingewikkeld wordt om de EU als eenheid te beschouwen.²⁰¹ Nu hoeft fragmentatie op zich geen probleem gevonden te worden. Men zou deze ontwikkeling, die voor het uitbreken van de eurocrisis al in gang was gezet, ook als een teken van flexibiliteit kunnen opvatten. Wanneer wordt voorgesteld om aan het Europees Parlement een rol toe te bedelen binnen een architectuur die, naar het zich laat aanzien, min of meer permanent komt te berusten op slechts een deel van de lidstaten, ontstaat echter toch wel een lastige situatie. Valt het democratisch namelijk wel te rechtvaardigen dat Europarlementariërs uit lidstaten die niet met de euro meedoen

¹⁹⁹ Zie in dit verband het betoog van de Raad van State in zijn advies over het Stabiliteitsverdrag, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 319, nr. 4, 7. En vgl. daarnaast ook de Raad van State in zijn advies over het ESM, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 220, nr. 4, waarin de Raad stelt: ‘Wel constateert de Afdeling met enige zorg dat de lidstaten van meet af aan, dat wil zeggen ook al met de instelling van de Europese Financiële Stabiliteitsfaciliteit, doelbewust hebben gekozen voor een aanpak buiten de autonome rechtsorde en het institutionele kader van de EU om.’

²⁰⁰ *Kamerstukken I* 2012/13, 33 454, nr. AB, 11-12; 14-16.

²⁰¹ Dit wordt mooi weerspiegeld in de verschillende besluiten die de afgelopen jaren ter bestrijding van de crisis zijn aangenomen. Het ESM-Verdrag is een overeenkomst tussen de 17 lidstaten die de euro hebben, bij het Stabiliteitsverdrag zijn 25 lidstaten partij, terwijl het zogenaamde *Sixpack* in beginsel gewoon voor alle lidstaten geldt. Maar met uitzonderingsposities voor het VK. Het *Twopack* is weer alleen op eurolanden van toepassing.

HOOFSTUK 9

structureel meebeslissen en controle uitoefenen over budgettaire aangelegenheden van lidstaten die wel tot de eurozone behoren?²⁰²

De tweede reden betreft het probleem dat het Europese Parlement weinig draagvlak heeft onder de Unieburgers die het volgens artikel 10 VEU representeert – een fenomeen dat de Raad van State typeert als ‘democratische vervreemding’.²⁰³ Anders gezegd: het enkele feit dat het Parlement invloed kan uitoefenen op Europese besluitvorming, rekent niet automatisch af met de problematiek van het democratisch tekort. Zeker als het gecombineerd wordt met bovenstaand punt over democratische asymmetrie, lijkt dit een krachtig argument om voorlopig af te zien van een spilfunctie voor het Europees Parlement. Zolang burgers zich niet in deze vergadering herkennen – haar onvoldoende ‘acclameren’ – zal dat het draagvlak voor de moeilijke maatregelen die nog gaan komen mogelijk eerder slecht dan goed doen.

Is hiermee het pleit beslecht in het voordeel van het Duitse Constitutionele Hof? Niet direct. Er is nog een andere optie die het verkennen waard is. Dat is dat op Europees niveau een parlement wordt opgetuigd, in beginsel speciaal voor de eurozone, waarin (onder meer) nationale parlementariërs plaatsnemen – een soort van Europese senaat met andere woorden. Dit is ook een optie die door de Raad van State overwogen wordt.²⁰⁴ De Raad tekent daar wel terecht bij aan dat zo’n parlementair orgaan de scheiding der geesten die zich momenteel in Europa aftekent verder zou institutionaliseren. Veel eurolanden zullen dat een hoge prijs vinden om te betalen. Überhaupt lijkt het in veel hoofdsteden aan politieke wil te ontbreken om serieuze stappen te zetten wat betreft politieke integratie. Wat bijvoorbeeld te denken van de belangrijkste Europese politieke leider, de Duitse bondskanselier Merkel? De officiële lijn van haar partij doet vermoeden dat verdere politieke integratie een serieuze optie vormt. Naar verluidt is Merkel zelf echter om praktische redenen voorstander van het intergouvernementele model waarbij lidstaten via onderlinge afspraken zichzelf verplichtingen opleggen die de Europese economie weer gezond moeten maken.²⁰⁵

²⁰² *Kamerstukken I* 2012/13, 33 454, nr. AB, 12 (“representation without taxation”). Verschillende lidstaten hebben intern ook op de een of andere manier te maken met deze problematiek. Fameus is de ‘Westlothian question’ in het VK. Zie www.parliament.uk/business/publications/research/briefing-papers/SN02586/the-west-lothian-question.

²⁰³ *Kamerstukken I* 2012/13, 33 454, nr. AB, 8.

²⁰⁴ *Ibid.*, 15-17.

²⁰⁵ *The Economist*, ‘The Merkel plan’, Special Report Germany, 15 juni 2013, 7-11. Dit model wordt overgenomen in het regeringsprogramma van de grote coalitie die sinds het einde van 2013 Duitsland bestuurt: Zie www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf (p. 159: ‘Das Prinzip, dass jeder Mitgliedstaat für seine Verbindlichkeiten selbst haftet, muss aber erhalten werden. Jede Form der Vergemeinschaftung von Staatsschulden würde die notwendige Ausrichtung der nationalen Politiken in jedem einzelnen Mitgliedstaat gefährden. Nationale Budgetverantwortung und supranationale, gemeinsame Haftung sind unvereinbar.’)

Als de EMU ook in de toekomst vooral aangewezen blijft op legitimatie via nationale parlementen, is nog wel een open vraag op welke manier dat precies gebeurt. De incorporatie van nationale parlementen in het Unierecht vormt al langer een strategie om de legitimiteit van Europese integratie te vergroten. De uitdaging waar zij nu voor zouden komen te staan, is echter van een andere orde. In het verleden heeft de Unie zich vooral gemanifesteerd als regeleenheid. Dienovereenkomstig is de rol van nationale parlementen primair gelegen in het beoordelen, aan de hand van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, van algemeen verbindende voorschriften. Door de eurocrisis daarentegen manifesteren de Unie en de lidstaten zich in niet onbelangrijke mate als executieve. Hoewel deels ook wetgeving aan de orde is, hebben veel arrangementen die in de afgelopen tijd zijn uitgedacht betrekking op typisch bestuurlijk handelen. Het besluit van de Raad van gouverneurs van het ESM om al dan niet financiële bijstand te verlenen aan een lidstaat; het oordeel van de Commissie over het economische beleid van een individuele lidstaat; de beslissing van een regering om op basis van zo'n oordeel een bepaalde begroting op te stellen – allemaal zijn het voorbeelden van handelingen ten aanzien waarvan voor een parlement normaal gesproken vooral een taak in de sfeer van controle is weggelegd. Het lijkt daarom logisch dat oplossingen voor een betere democratische inbedding van het economische bestuur van de Unie cq eurozone in deze richting worden gezocht.²⁰⁶

Dit is echter minder makkelijk dan het misschien lijkt. Wat zijn namelijk precies de constitutionele relaties die de ruggengraat van de constitutionele architectuur van dit bestuur vormen en, in de toekomst, mogelijk zullen gaan vormen? In de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* ligt de nadruk vooral op de nationale dimensie van de oplossingen om de EMU te versterken. Onderbelicht blijft de rol van de Europese instellingen in dezen. In het kader van het Europees semester bijvoorbeeld liggen nationale regeringen praktisch aan de leiband van de Commissie. Zou dit niet moeten betekenen dat controlerechten van nationale parlementen de grenzen van de nationale staat dienen te ontstijgen? Echt betekenisvol, in de zin dat een vertrouwensrelatie ontstaat tussen de Commissie en een nationaal parlement, kan zo'n constructie nooit worden. Het is conceptueel moeilijk voorstelbaar dat op een dergelijke wijze door een bestuurlijk orgaan politieke verantwoordelijkheid wordt afgelegd jegens een representatief orgaan dat zich op een ander overheidsniveau bevindt en een ander belang behartigt. Wel lijkt er ruimte te liggen voor meer inlichtingenrechten voor nationale parlementariërs. Wat dit betreft biedt de eurocrisisjurisprudentie van het Duitse Hof mogelijk een aanknopingspunt. In het *ESM-Urteil* werd bepaald dat artikel 4 lid 2 VEU, de nationale identiteitsclausule, vereist dat nationale parlementen, als 'Träger der Budgethoheit' en vanwege 'ihr Legitimationsreservoir für europäische Prozesse', niet verstoken mogen blijven van informa-

²⁰⁶ Vgl. *Kamerstukken I* 2012/13, 33 454, nr. AB, 12-13.

HOOFSTUK 9

tie.²⁰⁷ Met het oog op de toekomst van de Unie zou dit best wel eens een cruciale overweging kunnen blijken te zijn. Door vanuit het Unierecht te redeneren werpt het Hof zich hier op als verdediger van alle nationale parlementen en niet enkel van de Bondsdag.

9.7.3 *Heeft het laatste federale uur geslagen?*

De intergouvernamenteel getinte benadering om de crisis te bestrijden, is in de literatuur wel aangeduid met de term ‘executive federalism’.²⁰⁸ Dit is een wat ongelukkige typering. Het concept ‘executive federalism’ houdt primair verband met de uitvoering van federaal recht door het bestuur op het niveau van de delen.²⁰⁹ In Europa lijkt er op dit moment iets aan de hand dat fundamenteeler is. Overvallen door externe gebeurtenissen en kwetsbaar door weeffouten in de oorspronkelijke opzet van de EMU, zijn de landen van de eurozone – en met hen uiteindelijk alle lidstaten van de Unie – onder hoge druk voor cruciale keuzes komen te staan. De wijze waarop die keuzes uitvallen wekt twijfel of nog wel kan worden gesproken van de uitvoering van *federaal* recht. Althans, indien federalisme zo wordt gedefinieerd als eerder in dit hoofdstuk gedaan is: als een geïnstitutionaliseerde vorm van constitutionele schemer waarbij twee entiteiten met elk een eigen claim op soevereiniteit, vanuit de ratio van politieke zelfbehoud, via allerhande mechanismes en beginselen proberen te verhullen dat er twee verschillende claims op soevereiniteit op tafel liggen. Als gevolg van de keuzes die momenteel gemaakt worden, lijkt namelijk de schemering op te trekken die tot voor kort een eenduidig antwoord op de vraag naar soevereiniteit onnodig maakte. En doemt een constitutioneel bouwwerk op dat steeds meer weg heeft van een confederatie.²¹⁰

Is de eurocrisis daarmee een uitzonderingstoestand in Schmittiaanse zin? Volgens Schmitt is het lastig om vooraf precies aan te geven wanneer sprake is van een uitzonderingstoestand. Dat zou namelijk impliceren dat het fenomeen uitzonderingstoestand door positief recht kan worden geclausuleerd, terwijl de essentie ervan nu juist is dat het positieve recht hier op zijn grenzen wordt gewezen.²¹¹ Vraag is dus of op de een of andere manier kan worden vastgesteld dat

²⁰⁷ *ESM/Fiskalpakt*, r.o. 226.

²⁰⁸ Zie Tuori, ‘The European Financial Crisis’, 46, die hierbij verwijst naar Habermas.

²⁰⁹ Vgl. Robert Schütze, ‘From Rome to Lisbon: “Executive Federalism” in the (New) European Union’, 47 *Common Market Law Review* (2010) 1385.

²¹⁰ Vgl. Armin Cuyvers, ‘The Confederal Comeback: Rediscovering the Confederal Form for a Transnational World’, 19 *European Law Journal* (2013) 711. Vgl. over de precaire fase waarin de EU momenteel verkeert ook Nicole Scicluna, ‘EU Constitutionalism in Flux: Is the Eurozone Crisis Precipitating Centralization or Diffusion?’, 18 *European Law Journal* (2012) 489.

²¹¹ Schmitt, *Politische theologie*, 14.

met de huidige intergouvernementele route van zo'n grenssituatie sprake is. Wederom te rade gaande bij Schmitt, is met betrekking tot dit punt van doorslaggevend belang in hoeverre degene die handelt volledig wordt beheerst door het recht. Is dat niet volledig het geval, dan zou je de soeverein te pakken moeten hebben.²¹² Ontbreekt zulke beheersing door het recht bij de manier waarop de crisis wordt aangepakt? Tot op zekere hoogte wel. Zoals eerder werd beschreven, valt zowel het Stabiliteitsverdrag als het ESM-Verdrag aan te merken als een doorbreking van de constitutionele normaliteit. Hierdoor loopt het beeld van de Unie als rechtsgemeenschap een deuk op en krijgt het beeld van de Unie als vehikel voor soevereine lidstaten de wind in de rug.

Hiermee ben je er echter nog niet. Ter aanvulling en correctie op het concept *Bund*, zoals ontvouwd door Schmitt, werd een paragraaf eerder, bij de bespreking van de *Bangladesh*-zaak, betoogd dat sporadische uitpattingen van soevereiniteit voor een federatie niet meteen het einde betekenen. Zolang aan weerszijden van het constitutionele spectrum een grondhouding bestaat om loyaliteit te betuigen tegenover de *Bund*-gedachte, kunnen zulke uitpattingen het federale karakter van een rechtsorde zelfs bestendigen.²¹³ Waar het dus op aan lijkt te komen, is of de uitingen van soevereiniteit van de laatste tijd zo manifest zijn dat het precaire evenwicht dat noodzakelijk is om van een federatie te kunnen spreken, op een existentiële manier verstoord is. Of dit zo is, vormt een vraag die niet gemakkelijk te beantwoorden is.²¹⁴ Weliswaar begint zich door de recente gang van zaken een duidelijk patroon in een confederale richting af te tekenen, tegelijkertijd troosten de lidstaten zich, in ieder geval in woord en geschrift, grote moeite om loyaliteit aan het reguliere, 'communautaire' Uniekader te betuigen. En loyaliteit is, als gezegd, de kurk waar een *Bund* op drijft.

Iets anders dat tegen al te overhaaste conclusies inzake een eventueel einde van een Europese *Bund* pleit, is dat aan alles wat er gedaan wordt om de eurocrisis te bezweren, behalve een welbegrepen eigenbelang van de individuele lidstaten, ook onmiskenbaar de wens ten grondslag ligt om de Unie, en in ieder geval de euronzone, voor desintegratie te behouden. Denk even terug aan de woorden die Merkel sprak bij het in ontvangst nemen van een eredoctoraat aan de Universiteit van Nijmegen. Europa, sprak Merkel, is een 'Schicksalsgemeinschaft' – een doel op zich. Deze uitspraak lijkt schril af te steken bij de eveneens door Merkel voorgestane koers om de EMU te versterken via contracten en andersoortige juridisering. Draai je zo het proces van Europese integratie immers niet de nek om? Of deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, hangt er op het eerste gezicht echter maar net van af hoe Europese integratie gedefinieerd wordt. Voor

²¹² Ibid.

²¹³ *Supra*, § 9.6.

²¹⁴ Een belangrijke rol in dit verband lijkt te zijn weggelegd voor het principe van solidariteit. Interessant genoeg koppelde A-G Kokott dit principe aan het structuurbeginsel van soevereiniteit in haar Standpuntbepaling bij *Pringle* (r.o. 142-143). Zie hierover uitgebreid: Van den Brink en Van Rossem, 'Sovereignty, Stability and Solidarity'.

HOOFSTUK 9

veel lidstaten zal het waarschijnlijk toch voelen dat zij door de gekozen aanpak onderling meer naar elkaar toe groeien. Miljarden euro's aan belastinggeld die als lening van de ene naar de andere lidstaat worden getransfereerd; de ECB die voor nog vele miljarden meer aan staatsobligaties van bepaalde landen op de balans heeft staan; een bankenunie die het in de toekomst mogelijk maakt om met, deels, gemeenschappelijk geld elkaars banken te redden – door de crisis zal bij hen, meer dan ooit tevoren, wortel zijn geschoten dat hun *nationale* belang in belangrijke mate identiek is aan een gezamenlijk *Europees* belang.

Dat (sommige) lidstaten als gevolg van de eurocrisis op een bepaalde manier meer met elkaar vervlochten raken, valt moeilijk te weerspreken. Toch moet de vraag wel gesteld worden voor welke smaak integratie hier precies gekozen wordt. Je kunt er namelijk vraagtekens bij hebben of het in inhoudelijk opzicht nog wel zinvol is om over integratie te praten als de *modus operandi* in toenevende mate een privaatrechtelijk karakter krijgt. Als dan een vergelijking tussen het Europa van vandaag en het Europa van de Middeleeuwen moet worden gemaakt, dan lijkt de grond hier voor de eerste maal werkelijk vruchtbaar. Want wat door de mal waarin de maatregelen van de laatste jaren gegoten worden, op de tocht komt te staan, is de *res publica* – een concept dat ook in de jaren van de *Respublica Christiana*, ondanks de naam van deze constructie, een vrij zieltoegend bestaan leidde en eigenlijk pas weer boven kwam op het moment dat vorsten zich als soevereine eigenaar van een onvervreemdbare publieke domein opwierpen.²¹⁵ Deze druk op de *res publica* is er op twee manieren. In de eerste plaats, en meest in het oog springend, in de zin dat door het accent op juridisering en intergouvernementalisme op institutioneel niveau weinig ruimte wordt geboden voor publiek – lees: parlementair – debat over de te volgen koers. In de tweede plaats in de zin dat, waarschijnlijk mede als gevolg van het ontbreken van zulk debat, de juridische verplichtingen die de lidstaten op zich laden, anders dan ten tijde van het Verdrag van Maastricht, niet zo goed vallen te begrijpen als uitingen van zowel het eigen nationale als een gezamenlijk Europees belang.²¹⁶ Concreet: het stempel van bezuinigingsdrift dat op het gros van de crisiswetgeving is gedrukt, is niet noodzakelijk in het belang van alle lidstaten.

Hierboven werd er al op gezinspeeld dat de huidige route om uit de crisis te komen niet alleen bewandeld wordt omdat de lidstaten het integratieproces principieel een bepaalde richting op willen duwen, maar, paradoxaal genoeg, ook misschien wel omdat dezelfde lidstaten de Unie in haar huidige vorm willen behouden. Crux hier is het punt van democratische asymmetrie dat in de vorige subparagraaf gemaakt werd. Zouden de landen die de euro hebben zich bereid verklaren om hun fiscale en economische bevoegdheden op een betekenisvolle manier in Europees verband te 'poolen', dan komt men onbedoeld misschien wel op een ramkoers te liggen met lidstaten die de euro niet hebben en ook niet

²¹⁵ Vgl. *supra*, § 2.2.

²¹⁶ Zie Karsten Schneider, 'Yes, But...One More Thing: Karlsruhe's Ruling on the European Stability Mechanism', 14 *German Law Journal* (2013) 53, 71.

van plan zijn om de munt in te voeren. De eurocrisis lijkt dus in twee opzichten het karakter van een uitzonderingstoestand te hebben; in verticaal opzicht, in de zin dat de verhouding tussen de Unie en de lidstaten op scherp wordt gezet, en in horizontaal opzicht, in de zin dat onzeker is geworden van welke lidstaten in de Unie precies het politieke zelfbehoud voorop staat.

Als het klopt dat de tussensfeer die nu geregeld wordt opgezocht, primair is ingegeven om de autonomie van de Unie te ontzien, dan klinkt dat als een wezenlijk verschil. In dat geval is genoemde sfeer ogenschijnlijk in essentie een poging om loyaal te blijven aan de Unie, en daarmee weer een product dat een federale geest ademt. Voor de vraag of het laatste federale uur van de Unie geslagen heeft, is dat onderscheid uiteindelijk misschien wel niet zo relevant. Linksom of rechtsom, is het heel goed mogelijk dat de Europese landen in de nabije toekomst gedwongen zullen worden om nog meer kleur te bekennen dan zij tot nu toe al gedaan hebben. Bijvoorbeeld omdat het privaatrechtelijke georiënteerde pad dat momenteel ingeslagen wordt, simpelweg niet te verenigen blijkt met de behartiging van – Europese en nationale – publieke belangen. Of omdat in een lidstaat als het Verenigd Koninkrijk de keuze wordt gemaakt dat de Unie nu al zo onherkenbaar veranderd is, dat hij daartoe niet meer wil behoren. In beide scenario's zal het integratieproces opnieuw moeten worden gedefinieerd. Zo'n nieuwe definiëring luidt niet meteen het Waterloo in voor de Europese *Bund*. Zij kan ook aanleiding geven voor een doorstart of zelfs een verbetering van de federale grondslagen van de Unie. Aangezien elke nieuwe definiëring tevens een nieuw beslismoment is, liggen er echter ook gevaren op de loer. Tijdens beslismomenten kan ook de vraag van soevereiniteit zichtbaar worden.

9.8 Conclusie

In dit laatste hoofdstuk werd de Unie gepresenteerd als federatie. Dat gebeurde op basis van de bevindingen in de hoofdstukken daarvoor. Het constitutionele beeld dat daaruit oprees, was van een organisatie met een eigen claim op soevereiniteit die in existentiële zin moet samenwerken én concurreren met haar oprichters, de lidstaten. Dit beeld werd vervolgens gekoppeld aan de manier waarop Carl Schmitt in zijn *Verfassungslehre* federalisme definieerde. Het resultaat van deze exercitie, die recentelijk in de literatuur wel vaker wordt uitgevoerd, was behoorlijk verbluffend. Negentig jaar nadat zijn federalisme – of *Bund* – theorie ontwikkelde, blijkt de EU niet zomaar een federatie, maar zelfs een archetype federatie; in haar streven naar pariteit tussen centraal en decentraal niveau te onderscheiden van federale entiteiten waarin wel over de vraag van soevereiniteit is beslist, de bondsstaat of federale staat. Deze laatste notie figureert normaliter in debatten over Europa waarin federalisme wordt opgevoerd.

HOOFSTUK 9

Door het uitbreken van de eurocrisis hangen er echter donkere wolken boven de Europese *Bund*. Hoewel gericht om desintegratie van, met name, de eurozone te voorkomen, worden er maatregelen genomen die een betrekkelijk uitgesproken confederale signatuur hebben; dat wil zeggen, prominent het stempel dragen van soevereine lidstaten. In de zaak *Pringle*, waarin het HvJ groen licht gaf voor de oprichting van het ESM zonder dat hier een uitdrukkelijke verdragsgrondslag voor was, werd het principe van nationale soevereiniteit door Advocaat-Generaal Kokott zelfs een structuurbeginsel van de Unie genoemd.²¹⁷ Dat is zonder precedent. De truc was immers jarenlang om dit principe te relativiseren, in de zin dat eerder de eigen autonomie benadrukt werd of gesproken werd van de overdracht van soevereiniteit of soevereine bevoegdheden aan de Unie.

Wat de toekomst voor de constitutionele richting van de Unie in petto heeft of zou moeten hebben, zijn geen juridische maar politieke vragen. Hoe het ook zij, de politieke geest lijkt uit de fles. Op dit moment is de situatie uitermate paradoxaal. Confederalisering en uitspattingen van soevereiniteit worden gecombineerd met juridisering en depolitisering. Als soevereiniteit, zoals doorlopend in deze studie is beargumenteerd, in de eerste plaats een materieel begrip is, dat synoniem is aan politieke zelfbeschikking, vormt dat een situatie die echter niet eindeloos kan voortduren. Op een gegeven moment zullen dus waarschijnlijk keuzes moeten worden gemaakt die de huidige federale *status quo*, die, via het recht, drijft op een verduistering van het vraagstuk van soevereiniteit, kunnen beïnvloeden.

²¹⁷ Zie vn. 165 in dit hfdst.

Conclusie

1 Veelheid en eenheid

Toen Europa, grofweg tegen het einde van de vijftiende eeuw, haar koers richting wereldheerschappij inzette, deed zij dat als veelheid van staten. Zeker nadat in 1648 bij de Vrede van Westfalen door de verschillende staten een soort van maatschappelijk verdrag overeen werd gekomen, waarbij de eigen vrijheid tot uitgangspunt werd verheven. Het leidende beginsel bij de Europese expansie werd het fenomeen soevereiniteit, de existentieel absolute, slechts door de soevereiniteit van de ander begrensde macht om het eigen belang na te jagen. Europa voer wel bij de dynamiek die dit opleverde. Onder historici is het dan ook niet ongebruikelijk om haar lange tijd dominante rol in de wereld eerder toe te schrijven aan staatkundige verdeeldheid dan andersom.¹ De vrije markt als prisma voor de Europese geopolitieke cultuur.

Vandaag de dag is de vrije markt nog steeds een elementair principe voor Europa. De bevordering van concurrentie en de vrijheid van burgers en bedrijven om zich zonder belemmeringen te bewegen en te vestigen, zijn pijlers van de Europese Unie. Maar hoe zit het met het Westfaalse principe van statensoevereiniteit? De wereld beheerst Europa al een tijdje niet meer. Er zijn daarentegen wel mensen die menen dat het statensysteem dat vijfhonderd jaar geleden gestalte kreeg Europa nog altijd definieert – en dat dit systeem, net zo als in het verleden, nog prima in staat is om de schokken van het moment op te vangen.² Deze visie is echter bepaald niet onomstreden. Europa, zo klinkt het ook, bestaat op dit moment niet.³ En zou wel moeten bestaan, willen de Europese landen internationaal niet tot een plaats in de marge worden veroordeeld. Waar veelheid lange tijd misschien een beproefd recept was, zou het, met andere woorden, nu tijd zijn voor eenheid.⁴

Veelheid en eenheid zijn twee verraderlijke begrippen.⁵ Vaak is er niet zozeer sprake van een echte tegenstelling, als wel van een glijdende schaal. De Europese veelheid van staten die door onderlinge concurrentie in economisch en cultureel opzicht lange tijd mondiaal de toon zette, vormde tot op zekere hoogte ook een eenheid. Het enkele feit dat over *Europa* wordt gesproken, getuigt hier

¹ Zie Jared Diamond, *Guns, Germs and Steel: a short history of everybody for the last 13.000 years* (New York: WW Norton & Co 1999) 411-432.

² Zie Piet Emmer, 'Leve de lappendeken', *NRC Handelsblad*, 12 april 2013.

³ Zie vn. 107 in hfdst. 8.

⁴ Zie vn. 173 in hfdst. 7.

⁵ Zie hierover *supra*, § 7.5.2.

CONCLUSIE

eigenlijk al van. Omgekeerd is ook de eenheid waar pleitbezorgers van een verenigd Europa naar toe willen, voorbestemd tegelijkertijd een veelheid te zijn. De staten of naties van Europa zullen in elke blauwdruk om het continent bestendig te maken tegen globalisering een wezenlijke rol spelen.

Betekent dit dat bij toepassing van de begrippen eenheid en veelheid op de casus Europa sprake is van een valse tegenstelling? Of dat zo is, hangt onder andere af van de persoon die de vraag moet beantwoorden. In dit boek was de jurist aan het woord. En juist juristen, die om conceptuele redenen zo lang vastgehouden hebben aan een scherp contrast tussen eenheid en veelheid, bewegen al enige tijd in de richting van een bevestigend antwoord op de gestelde vraag. De modewoorden van het moment zijn niet meer hiërarchie en soevereiniteit, maar heterarchie en pluralisme.⁶ Of, beter gezegd: *constitutioneel* pluralisme. Want dat is de boodschap die weerklinkt in onderzoeksprogramma's van rechtenfaculteiten en in geschriften op persoonlijke titel van rechters. De gedachte dat het theoretisch en praktisch mogelijk is om de uitgangspunten van één Europa enerzijds en een veelheid van Europese staten anderzijds zodanig met elkaar te vermengen, dat een constitutionele orde ontstaat die met recht kan zeggen, zoals de Europese Unie sinds 2000 doet: *In varietate concordia* – eenheid in verscheidenheid.

De jurist die de weg wijst. Dat is geen ongebruikelijk beeld. Halverwege de middeleeuwen waren het ook juristen die met een beroep op adagia en leerstukken uit de Romeinse tijd de machtsaanspraken ondersteunden van vorsten, die los wilden komen uit de christelijke standenmaatschappij. Wat eerst nog vrij utopisch aardeed, namelijk de notie dat de vorst *legibus solutus* was – ongebonden door het recht – werd mede als gevolg hiervan gaandeweg ook de ervaren werkelijkheid.⁷ Is dat nu ook weer aan het gebeuren? Zal blijken dat de historicus, specialist internationale betrekkingen of politicus, die nu de lidstaten neerzet in het Westfaalse statensysteem of hier juist de Unie in wil hebben, vanuit een achterhaald paradigma redeneerde?

Dit proefschrift vormde een poging om in kaart te brengen wat, conceptueel gezien, de mogelijkheden zijn voor zo'n paradigmawisseling. Centraal hierbij stonden twee onderzoeksvragen. In de eerste plaats was het doel om na te gaan in hoeverre de hypothese valt te handhaven dat recht te denken is in een ruimte die niet principieel door één politiek centrum bij elkaar wordt gehouden. In de tweede plaats werd als doel gesteld om te toetsen of een eventueel positief antwoord op deze vraag, zoals vaak wordt beweerd, werkelijk afbreuk doet aan het traditionele principe van soevereiniteit. Hieronder volgt nog een keer in vogelvucht hoe deze twee vragen beantwoord werden.

⁶ 'In the Era of Legal Pluralism', was de veelzeggende titel van het zaterdagprogramma op het 26^e FIDE-Congres, dat in mei 2014 in Kopenhagen werd gehouden. Alsof eenheid in het recht reeds een gepasseerd station is. Zie fide2014.eu/topics/.

⁷ Zie *supra*, § 1.2.

2 Is soevereiniteit een worst?

Paradox: volgens de VVD, op moment van schrijven de grootste politieke partij van Nederland, vormt de Europese Unie een samenwerkingsverband van soevereine staten.⁸ Haar politiek leider, minister-president Mark Rutte, heeft echter geïnsinueerd dat de Unie reeds lange tijd in het bezit is van Nederlandse soevereiniteit en sluit niet uit dat zij daarvan in de toekomst misschien nog wel meer krijgt overgedragen.⁹ Een verschil van opvatting? Nee, waarschijnlijk niet. Wat zich hier voordoet, is eerder een bekende spraakverwarring. Waar Rutte met soevereiniteit op zinspeelt, is de overdracht van bevoegdheden. Het standpunt van de partij daarentegen refereert aan iets meer existentieels; een constitutioneel-politieke status die een land heeft of niet. Het overdragen van bevoegdheden aan de Unie hoeft volgens deze lezing geen afbreuk aan deze status te doen; zelfs niet nu steeds vaker zeer wezenlijke bevoegdheden op het spel staan. In de woorden van VVD'er Mark Verheijen: 'Soevereiniteit is geen worst waar je elke dag een klein plakje van af kunt snijden.'¹⁰

Heeft Verheijen gelijk? Voor zover juristen diens analogie van de worst al onderschreven, gaan steeds meer van hen er tegenwoordig van uit dat deze typing onjuist is. De overdracht van bevoegdheden door de lidstaten aan Unie zou, zeker in recente jaren, zo massaal en fundamenteel zijn geworden, dat ook de absoluut gewaande, existentiële soevereine status van de lidstaten vloeibaar is geworden. Dit boek deelt de analyse van Verheijen wel. Niet zozeer omdat de lidstaten, zoals in het standpunt van de VVD ligt besloten, per se gelijk hebben wanneer zij stellen dat de Unie, constitutioneel gezien, nog steeds de tweede viool speelt, als wel omdat de kritiek hierop het karakter van het leerstuk van soevereiniteit verkeerd taxeert. Waar deze kritiek over struikelt, is dat het post-middeleeuwse, seculiere wereldbeeld waarvan soevereiniteit het product vormt, ondanks alle ontwikkelingen die zich in de tussenliggende eeuwen hebben voorgedaan, nog steeds niet definitief heeft afgerekend met haar onafscheidelijke metgezel, te weten normenhiërarchie. De reden hiervoor is de kwestie van legitimatie waarmee soevereiniteit, met de komst van de Verlichting, onlosmakelijk verbonden is geraakt. Het Verlichtingsdenken heeft als uitgangspunt dat de instelling van een overheid uiteindelijk het resultaat zou moeten zijn van een daad van zelfbeschikking; mensenwerk is. Deze doelstelling is rechtsfilosofisch gezien echter onuitvoerbaar in een normatieve ruimte waarin een exclusieve, hoogste norm ontbreekt. Tenzij je een beroep doet op het natuurrecht – hetgeen onwillekeurig afbreuk doet aan de idee van zelfbeschikking – kan het constitu-

⁸ Zie www.vvd.nl/standpunten/86/europese-unie.

⁹ Zie www.trouw.nl/tr/nl/7964/Schuldencrisis/article/detail/3068925/2011/12/07/Rutte-geen-sprake-van-verlies-soevereiniteit-aan-EU.dhtml.

¹⁰ Zie www.trouw.nl/tr/nl/4500/Politiek/article/detail/3362218/2012/12/12/VVD-We-delen-bevoegdheden-met-Europa.dhtml.

CONCLUSIE

tionele ideaal van vrijheid namelijk niet worden bereikt zonder dit te koppelen aan het algemene belang van een politieke gemeenschap. En wat het algemene belang van een politieke gemeenschap vormt, is, op zijn beurt, weer niet achterhaalbaar bij gebreke aan een *Grundnorm* die aangeeft wie de soevereiniteit bezit.¹¹

Aan de basis van bovenstaande problematiek ligt een *catch 22* waarin iedere poging om het recht vanuit de mens te verklaren vanzelf verzeild raakt: namelijk dat norm en feit elkaar veronderstellen. Enerzijds kan een politieke gemeenschap onmogelijk als subject van normen optreden zonder eerst zelf door een norm geconstitueerd te zijn. Anderzijds zal een norm, ten behoeve van zijn geldigheid, moeten kunnen terugvallen op een feitelijke politieke beslissing. De noties *pouvoir constituant* en *pouvoir constitué*, het begrippenpaar dat sinds de Franse Revolutie het kader vormt waarbinnen discussies over soevereiniteit zich voltrekken, constitueren elkaar. Een soeverein, dat wil zeggen een politieke eenheid in actie, kan logischerwijze nooit handelen zonder dat is vastgesteld wie precies de ‘wij’ is uit wiens naam door een overheid gezag wordt uitgeoefend. Conceptueel gezien, vindt de zelf-constitutie van een *pouvoir constituant* pas plaats nadat eerst, via een representatiehandeling, een normatieve claim op tafel is gelegd dat er een *pouvoir constituant* is die handelt. Vrijheid, de ratio achter zelfbeschikking, is vanaf het allereerste begin dus constitutioneel ingekaderd. Omgekeerd is zo’n normatieve claim echter niets waard als zij niet op een bepaalde manier wordt aanvaard door degenen die geacht worden de soevereiniteit te belichamen. Recht kan zichzelf niet normatief verklaren. Geconstitueerde macht is altijd gerepresenteerde macht; aan gene zijde van de constitutionele horizon moet zich een soevereine grootheid bevinden die als referentiepunt kan fungeren voor beslissingen die binnen een rechtsorde worden genomen.

Juristen die van mening zijn dat soevereiniteit, in haar traditionele hoedanigheid als onplitsbaar fenomeen, een spook is dat in de Europese Unie is verdreven, trekken soms een parallel met de Middeleeuwen. Evenals vandaag de dag in de Unie, zo is de analyse, kwamen normen tijdens de Middeleeuwen via een keur aan verschillende schijven tot stand, en waren jurisdicties – denk aan de arbeidsverdeling tussen kerk en keizer – niet territoriaal, maar functionalistisch begrepen. Waarom zou iets dergelijks vandaag niet weer mogelijk zijn?

De geschiedenis vormt vaak een nuttige spiegel. In dit geval gaat de vergelijking echter niet op. De Middeleeuwers hanteerden, ter verklaring van de wereld waarin zij leefden, een geheel ander uitgangspunt dan de moderne mens. Ter rechtvaardiging van de dwarsverbanden en overlappende jurisdicties op basis waarvan wereldlijke macht in de Middeleeuwen was georganiseerd, werd in laatste instantie teruggevallen op de overkoepelende normatieve orde van God. Hoe theoretisch ook, de Middeleeuwers hadden hiermee een houvast waarover constitutionele theorieën over de Europese Unie niet kunnen beschik-

¹¹ Zie *supra*, § 2.6.

ken. Al deze theorieën zijn uiteindelijk geënt op een seculier, liberaal narratief. Anders dan wat geldt voor het concept van één goddelijke waarheid, is de ratio achter normativiteit binnen dit narratief, het principe van zelfbeschikking, voor zijn verwezenlijking afhankelijk van een constitutionele claim die wordt geuit op de grenzen van de rechtsorde waar het op betrokken is. Hierdoor worden eenheid en hiërarchie in die rechtsorde een onvermijdelijke zaak.¹² Zou dit anders zijn – dat wil zeggen, zou onduidelijk zijn waar in de Europese ruimte de ultieme beslissingsmacht ligt – dan zou onmiddellijk troebel worden wat precies gerepresenteerd wordt. En dit is onacceptabel, omdat, zoals hierboven werd uitgelegd, voor representanten binnen een rechtsorde helder moet zijn wat de kaders zijn van het publieke belang dat zij dienen.

Dit klinkt allemaal leuk en aardig. Maar wat te doen met de diverse normen, beginselen en concepten in het Europese recht die, zeker in de doctrine van het Hof van Justitie, soms ronduit strijdig zijn met de gedachte van eenpolige soevereiniteit in Europa? Denk aan de leer van de autonome rechtsorde, het voorrangsbeginsel, grondrechten, opvattingen over de status van de lidstaten als ‘Herren der Verträge’ en het Unieburgerschap.¹³ In al deze gevallen openbaart zich een heel concreet spanningsveld met het sjabloon van nationale soevereiniteit. Moet de conclusie zijn dat het Hof – maar bijvoorbeeld ook aangevers als de Commissie en het Parlement – met betrekking tot zulke thema’s simpelweg *ultra vires* redeneren?

Hier biedt de constatering dat soevereiniteit, het obstakel voor een rechtsorde zonder hiërarchie, een reflexief concept is uitkomst. Dit leidt er toe dat op logische gronden de stelling wordt ondergraven dat de Europese Unie nooit meer kan zijn dan een internationale organisatie of confederatie zolang het constitutionele recht van de lidstaten blijft volhouden dat de soevereiniteit bij de landen berust. Soevereiniteit is een claim – een ‘speech act’. Niet een waarneembaar feit. Dit betekent dat argumenten die worden aangevoerd om aan te tonen dat de Unie niet meer is dan een veredelde internationale organisatie per definitie een contingent karakter hebben. Zij zijn alleen maar ‘waar’ binnen het normatieve universum van waaruit zij worden aangeleverd. Tegen argumenten die worden aangevoerd vanuit een normatief universum dat is gebouwd op een claim die een andere voorstelling van zaken geeft – lees: dat de Europese Unie een autonome constitutionele ontwikkeling, los van het internationale recht en het nationale recht van de lidstaten, heeft – staan zij betrekkelijk machteloos. Om zulke argumenten onderuit te halen, moet je ook de daarmee corresponderende ‘speech act’ vloeren, en dat is, nogmaals, onmogelijk zonder in cirkels te blijven draaien. Het standpunt dat de Unie het niveau van een internationale organisatie niet ontstijgt *omdat* de lidstaten nog steeds over de soevereiniteit beschikken, is namelijk alleen maar juist als eerst de premisse wordt aanvaard dat de lidstaten inderdaad over de soevereiniteit beschikken.

¹² Zie *supra*, § 7.3.2.

¹³ Zie *supra*, § 4.

CONCLUSIE

Het feit dat het logisch gezien onmogelijk lijkt om één, universeel geldig antwoord aan te reiken inzake de kwestie van de grondslag van de Europese rechtsorde, zorgt voor een conceptuele impasse. De enige manier om deze impasse te doorbreken, zo komt het voor, is door hierin te berusten en de aanwezigheid van twee normatieve universums te aanvaarden als een *fait accompli*. Wat pluralistisch is aan het Europese integratieproject, is zo gezien niet dat de lidstaten een deel van hun soevereiniteit hebben afgestaan aan de Unie of dat de soevereine beslissingsmacht van burgers van de Unie op verschillende constitutionele lagen tot uiting kan komen – allebei theoretische ‘non-starters’ – maar dat er meerdere verhalen in omloop zijn over wat de ‘waarheid’ is met betrekking tot de werking van het Europese recht. Eén verhaal dat deze werking verklaart door te verwijzen naar het constitutionele recht van de lidstaten, en één verhaal dat de autonome ontwikkeling van de Europese Unie als uitgangspunt heeft en de sleutel voor de gelding van het Europese recht op het niveau van het Europese recht zelf zoekt. En één verhaal, kortom, dat uitgaat van *Europese* soevereiniteit in plaats van nationale soevereiniteit!¹⁴

3 Pluralisme als illusie

Europese soevereiniteit? Dat komt ongetwijfeld een beetje onwerkelijk over. Bij het horen van dit begrippenduo zullen veel mensen onwillekeurig toch snel een beeld voor zich zien van een Europese federale staat. En daar contrasteert de huidige Unie scherp mee. In de Unie maken nationale regeringsleiders overwegend de dienst uit, en heeft elke lidstaat een beslissende stem bij verdragswijzigingen. In de Unie wordt wel veel in Brussel besloten, maar ontbreekt het aan een daadwerkelijke politieke arena waar de burgers van de Unie het gevoel hebben één te worden. Het Europees Parlement representeert misschien wel een Europese politieke gemeenschap, maar deze gemeenschap maakt vooralsnog weinig aanstalten om deze representatieclaim te ‘acclameren’ en lijkt daarmee eigenlijk niet te bestaan. Tel daarbij op dat, in het bijzonder gedurende de voorbije jaren van crisis, steeds nadrukkelijker scheuren zichtbaar worden in de eenheid van lidstaten – is de Unie de verzameling van 28 aangesloten lidstaten of moet men eigenlijk de landen die de euro als munt hebben als vertrekpunt nemen? – en het wordt duidelijk dat Europese soevereiniteit, als hier inderdaad van kan worden gesproken, erg broos van aard is.

Hoe bleek het profiel van een Europese soeverein momenteel ook moge zijn, dit vormt beweerdelijk echter geen reden om af te zien van bovenstaande kenschetsing. Soevereiniteit, zo werd in deze studie betoogd, kan worden begrepen

¹⁴ Zie *supra*, § 5.8 en 7.6.

als een diachronisch proces. Doordat zij nooit volstrekt los van geconstitueerde macht kan worden gezien – in de zin van een echte constitutionele *Big Bang* – wordt het mogelijk het fenomeen op te vatten als een constructie die over meerdere jaren gestalte krijgt. Vanuit dit perspectief is het geen onoverkomelijk probleem dat zich ten aanzien van de Europese Verdragen nog nooit ondubbelzinnig een Europese *demos* heeft gemanifesteerd.¹⁵ Behalve een focus op democratische tekortkomingen, biedt deze lens ook een panorama op de lange reis die de Europese politieke gemeenschap in een halve eeuw tijd al heeft gemaakt.¹⁶ Een reis die begon op het moment dat het Hof van Justitie de marktgerichte ‘ingezetene der Gemeenschap’ in het revolutionaire arrest *Van Gend & Loos* aan de bron van het Europese recht plaatste. Hierdoor ontstond een dynamiek die ervoor heeft gezorgd dat de marktburger van destijds inmiddels is uitgegroeid tot heuse Unieburger; een figuur die naast economische rechten ook beschikt over politieke rechten en volgens datzelfde Hof zelfs is voorbestemd om de ‘primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten’ te worden.

De bestemming van primaire hoedanigheid is nog niet bereikt. Zeker niet waar het de constitutioneel makkelijk ontvlambare kwestie van identiteit betreft. Dat is hier echter niet het punt. Het punt is dat een conceptueel ‘luchtkasteel’¹⁷ als de Unieburger, evenals de marktburger in *Van Gend & Loos* voor hem, zich in het dialectische proces van recht en politiek kan ontwikkelen als ‘self-fulfilling prophecy’ en, als zodanig, een serieuze concurrent kan worden van de nationale burger die, via zijn representanten, ironisch genoeg ooit op een bepaalde manier verantwoordelijk is geweest voor diens creatie.¹⁸ Ter illustratie van dit spanningsveld werd in deze studie meerdere malen verwezen naar de Verenigde Staten. Daar werd gedurende de eerste helft van de negentiende eeuw een fundamentele constitutionele discussie gevoerd over de vraag wat de grondslag was van het overheidsgezag dat met de federale constitutie van 1787 was gevestigd. Volgens het Supreme Court en President Lincoln was dat ‘We, the American People’. Volgens rechters en politici in verschillende zuidelijke staten vormde de Verenigde Staten echter een confederatie en verwees het ‘We, the American People’ uit de preambule van de constitutie naar ‘the people of the several states’. Dit pleit werd pas beslecht op de slagvelden van de Burgeroorlog.

De concurrentiestrijd tussen Unieburger en nationale burger is niet voorgeprogrammeerd om ooit uit te monden in een existentiële crisis. De constitutionele architectuur van de Unie is in veel opzichten gericht op de bewerkstelling van evenwicht. Talloze beginselen (subsidiariteit, attributie en loyaliteit), procedures om geschillen te beslechten (de prejudiciële procedure, een politieke procedure als artikel 7 VEU), en institutionele arrangementen (de voorname, maar

¹⁵ Zie *supra*, § 7.5.

¹⁶ Zie *supra*, § 5.5-5.7.

¹⁷ Van Middelaar, *De passage naar Europa*, 23.

¹⁸ Zie *supra*, § 7.6.2.

CONCLUSIE

gejuridiseerde positie van de Europese Raad, en tegelijkertijd ook de toegenomen rol van het Europees Parlement) zijn hiervan getuige. Cruciaal is dat de bewerkstelling van dit evenwicht een zaak is van zowel het Europese als nationale niveau. Een groot aantal nationale grondwetten kent inmiddels bepalingen die expliciet verwijzen naar het lidmaatschap van de Unie. Op deze manier wordt zowel uitdrukking gegeven aan een constitutionele plicht om het Europese integratieproces te bevorderen als duidelijk gemaakt dat het integratieproces zijn grondslag en daarmee tevens begrenzing vindt in het nationale recht. Het spiegelbeeld van grondwettelijke integratiebepalingen vind je terug in artikel 4 lid 2 VEU, de nationale identiteitsclausule. Deze bepaling bevestigt aan de ene kant dat de Unie zich aan bepaalde grenzen dient te houden, maar biedt het Hof tegelijkertijd wel een opening om uitdrukkelijk te bepalen wat wel en niet tot de nationale identiteit van de lidstaten behoort. Dit alles in ogenschouw genomen valt tot op zekere hoogte goed te billijken dat veel commentatoren op de Europese rechtsorde het etiket constitutioneel pluralisme plakken. De term constitutioneel pluralisme geeft uiting aan de idee dat er in Europa een constitutionele cultuur is die gericht is op samenwerking, respect voor eigenheid, de onderlinge uitwisseling van normen en het vermijden van conflicten. En van zo'n cultuur lijkt zonder meer sprake. Er zijn legio voorbeelden van praktijken, zowel in het politieke proces als in de rechtspraak, die afdoen aan klassieke hiërarchische voorstellingen omtrent de werking van een rechtsorde.¹⁹ Alleen: rechtvaardigen deze voorbeelden ook een echte paradigmaverschuiving? Of, anders gezegd: duiden zij erop dat de Europese rechtsorde onderweg een pluralistische grondslag heeft gekregen?

Constitutioneel pluralistische theorieën hebben hun wortels liggen in het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw. In de nasleep van de totstandkoming van het Verdrag van Maastricht en kritische nationale rechtspraak die daar op volgde, kwam indertijd voor het eerst een serieus en grensoverschrijdend constitutioneel debat op gang over de vraag wat nu precies het fundament van de Europese Unie vormde en waardoor zij eigenlijk gelegitimeerd werd.²⁰ Waar menig commentator aanvankelijk zijn heil zocht in de diagnose dat de Unie een grondwet miste, namen pluralistische benaderingen de status quo van verschillende geluiden over de gelding van Europees recht juist min of meer voor kennisgeving aan. De analyse werd dat de tegenstrijdigheid van, kortweg, *Costa/ENEL* en het *Maastricht-Urteil* niet zozeer een probleem was dat in afwachting was van een oplossing, als wel een realiteit waarnaar de rechtswetenschap zich moest voegen. Hiërarchie, zo klonk de opdracht, moest in het denkschema van de jurist plaatsmaken voor heterarchie. Vanaf dit punt gaan ook de pluralistische geesten zich echter scheiden. Eén stroming, in dit boek politiek pluralisme genoemd, houdt het bij de vrij sobere vaststelling dat in Europa twee rechtsordes met elkaar concurreren. De relatie tussen Unie en lidstaat zou er

¹⁹ Zie in algemene zin hfdst. 6.

²⁰ Zie *supra*, § 5.6-5.7. Zie over nationale rechtspraak ook hfdst. 3.

uiteindelijk één zijn van politieke macht. Twee andere stromingen die in deze studie werden onderscheiden, multilevel constitutionalisme en normatief pluralisme, vinden deze weergave te mager. Door hen wordt de claim op tafel gelegd dat de relatie tussen Unie en lidstaat niet enkel beheerst kan worden door pluralisme. Ergens zou er ook een bepaald constitutioneel cement te vinden moeten zijn dat *Costa/ENEL* en *Maastricht* bij elkaar houdt en aan deze status quo een zekere legitimatie verleent. Dit is een transformatief moment. Hier blijkt namelijk dat van de nood ook een deugd wordt gemaakt. Constitutioneel pluralisme is niet alleen roeien met de riemen die je hebt, maar wordt ook een lovenswaardig democratisch en rechtsstatelijk ideaal, te vergelijken met het beginsel van machtscheiding.²¹

De pogingen van multilevel constitutionalisme en normatief pluralisme om het Unievertoog en nationale vertogen met elkaar te verzoenen, lopen uiteindelijk niet rond. In het geval van eerste theorie, die in de Nederlandse doctrine een equivalent heeft in het concept samengestelde rechtsorde, verdwijnt gaandeweg de hele idee dat er in de Europese rechtsorde plaats is voor noties zoals autonomie en nationale soevereiniteit. Soevereiniteit, voor zover zij al wordt omarmd, wordt iets dat valt te ‘poolen’ of te delen. Als gevolg hiervan loopt multilevel constitutionalisme stuk tegen de *catch 22* die hierboven werd beschreven. De aanpak van normatief pluralisme is rechtsfilosofisch gezien meer verfijnd. Deze stroming houdt wel vast aan de premisse van concurrerende soevereiniteitsclaims. De vondst om deze claims te beheersen is dat er tussen allebei een ‘Law of Laws’ moet staan die universalisme en pluralisme met elkaar verzoent en als zodanig een toevoeging vormt bovenop het potentieel van de democratische rechtsstaat in de lidstaten. Ook normatief pluralisme breekt het op een zeker moment echter op dat de link wordt losgelaten met het zelfbeschikkingsrecht dat aan soevereiniteit is vastgeknoopt. Hoewel de ‘Law’ die beide soevereiniteitsaanspraken onschadelijk moet maken als doel heeft per saldo de democratie te versterken, vormt haar onmiddellijke strekking dat de politieke gemeenschappen van de Unie niet meer geheel vrij zijn om hun eigen algemene belang vast te stellen. Nu is het op zich niet ongebruikelijk dat normen worden ingezet om de democratie in ‘pure’ vorm te temperen; eerder is dit zelfs onvermijdelijk. Wat wel problematisch is aan de ‘Law of Laws’ die in normatief pluralisme figureert, is dat deze *Sollen* niet gekoppeld is aan een *Sein*. In een wereld waar recht als mensenwerk wordt beschouwd, hebben normen, om te kunnen gelden, de eenheid van een politieke gemeenschap nodig.²²

Alles bij elkaar, lijkt het erop dat de theorie van constitutioneel pluralisme zich vergaloppeert aan de opgave waar zij het product van is. De aanvankelijke analyse – dat de aanwezigheid van uiteenlopende gezagsaanspraken zich niet zomaar laat wegredeneren, noch dat dit noodzakelijk is – was in de kern juist. Door aan deze bevinding vervolgens de conclusie te verbinden dat heterarchie

²¹ Zie over deze drie stromingen § 5.8.

²² Zie hierover § 8.3.1.

CONCLUSIE

als fundamenteel vertrekpunt kan worden genomen bij de benadering van juridische vraagstukken die spelen in de relatie Unie en lidstaat, vliegt de theorie echter uit de bocht. Zelfs de sobere variant van het stel, politiek pluralisme, overkomt dit. Hoewel deze stroming genoemde relatie als een empirische kwestie beschouwt, gaat zij er op basis van diezelfde empirie vanuit dat heterarchie in Europa de *Normalzustand* betreft. Daar gaat het beweerdelijk mis. Pluralistische theorieën gaan ervan uit dat door het proces van Europese integratie in het bijzonder, en het globaliseringsproces in het algemeen, de relatie tussen recht en territoir is verwaterd. Waar het de productie van normen betreft, is dit uiteraard een accurate waarneming. In existentiële zin, zo werd in dit proefschrift betoogd, is deze relatie echter nog onveranderd exclusief.²³ Soevereiniteit verwijst in de eerste plaats naar het uitsluitende vermogen om over een bepaalde rechtsorde te kunnen beslissen. En dat vermogen, dat de kern raakt van het zelfbeschikkingsrecht, is nog niet opgegeven. Niet door de lidstaten, maar ook niet door de Unie. Weliswaar laat de verdragswijzigingsprocedure van artikel 48 VEU zien de *Kompetenz-Kompetenz* van de Unie nog uitermate zwak is, de manier waarop deze procedure wordt uitgelegd in de rechtspraak en de doctrine duidt er op hetzelfde moment op dat het leerstuk van autonomie ook hier de kop opsteekt.

Uit de conclusie dat autonomie en nationale soevereiniteit tegenover elkaar staan wat betreft de existentiële vraag naar de bron van constitutioneel gezag, volgt dat het verband van Unie en lidstaten nooit wezenlijk pluralistisch gestructureerd kan zijn. Achter de constitutionele schemering van prejudiciële procedure, integratieclausules en subsidiariteit zal uiteindelijk onverbiddelijk een beeld opdoemen van een ‘of-of’-situatie in plaats van een ‘en-en’-situatie. Die mist hoeft niet op te trekken. De verschillende beginselen en procedures die aan beide zijden van het constitutionele spectrum in de loop der tijd zijn ingebouwd, kunnen lang succesvol zijn in het verhullen van het spanningsveld waarop de Europese rechtsorde rust. Wie gaat graven naar haar grondslagen, zal echter bemerken dat onder de oppervlakte van het recht een existentieel meningsverschil schuil gaat over de gelding daarvan. En wie dit meningsverschil op zich in laat werken, zal constateren dat het pluralistische fundament van de Unie een illusie is.

4 De Europese Unie is geen UPO

In het constitutionele en politieke debat over Europa wordt de EU soms, half schertsend, getypeerd als UPO – een ‘unidentified political object’. Deze kwali-

²³ Zie hierover § 8.3.4.

ficatie is een variatie op het meer gangbare label *sui generis*, dat reeds sinds de begindagen van het integratieproces wordt gehanteerd. Constitutioneel pluralisme vormt een poging om met de onbestemdheid van beide begrippen af te rekenen. De analyse van de theoretische stroming is uiteindelijk echter dezelfde: te weten, dat de Unie niet (volledig) kan worden beschreven aan de hand van gekijkte constitutionele en volkenrechtelijke opvattingen en dat we ons, *eo ipso*, bevinden binnen een nieuw constitutioneel paradigma. De conclusie in dit boek was dat deze hypothese niet klopt. Zoals hierboven is samengevat, vallen Unierecht en nationaal recht niet samen te denken in een normatieve ruimte die niet principieel door één politiek centrum bij elkaar wordt gehouden. Exclusiviteit en hiërarchie zijn, vanwege hun link met zelfbeschikking, nog steeds courante begrippen. De verschillende claims op soevereiniteit die men kan onderscheiden in Europa zorgen niet voor heterarchie, maar funderen parallelle normatieve universums. En daarmee staat de essentie van de Westfaalse doctrine nog steeds overeind.

Kortom, in constitutionele en rechtstheoretische zin is de Unie geen UPO. Zij valt gewoon in te passen in traditionele schema's. Wat de jurist waarneemt als hij zich verwondert over tegenstrijdigheden in de relatie tussen EU en lidstaat, is niet zozeer een nieuw verschijnsel, als wel de dynamiek tussen twee 'staatslichamen'.²⁴ Een dergelijk tafereel is niet uitzonderlijk. Een teveel aan Westfalen kon, zoals gezegd, in het verleden eerder worden waargenomen in de Verenigde Staten. Vandaag zien we een soortgelijke dynamiek in België. In het laatste hoofdstuk van dit proefschrift is een poging gedaan om dit inzicht een begripsmatig kader te geven. De conclusie daar was dat de Unie uiteindelijk het meest raak kan worden beschreven met een concept dat, in de context van het integratieproces, in de loop der jaren synoniem is komen te staan met een Europese superstaat: federalisme. Voortbordurend op de intellectuele arbeid van de Duitse rechtsgeleerde Carl Schmitt en aanklappend bij een groeiende literatuur, werd betoogd dat dit een ongelukkige samensmelting van begrippen vormt. Een echte federatie – of *Bund*, om bij Schmitt te blijven – is niet een entiteit waarin al min of meer eenstemmig over de soevereiniteitsvraag is besloten – een federale *staat* – maar een entiteit waarin deze vraag nog open ligt. Zo bezien, is de Unie dus federaler van aard dan federale staten als Duitsland en de Verenigde Staten.

De grondslag van concurrerende soevereiniteitsclaims maakt een *Bund* tot een explosieve constellatie. Om te kunnen (blijven) bestaan, zijn dan ook instrumenten nodig die deze spanning kunnen wegnemen. Daar komt het positieve constitutionele recht om de hoek kijken. Met behulp hiervan – zie de eerder genoemde evenwichts- en conflictsmechanismen – kan worden geprobeerd om de inherente tegenstellingen in een federatie onschadelijk te maken. Via het positieve recht kan ook worden verbeeld wat voor een federatie misschien het

²⁴ Vgl. *supra*, § 7.7.

CONCLUSIE

meest cruciale beginsel is: wederzijdse loyaliteit. De ratio achter een *Bund* – politiek zelfbehoud; democratie en rechtsstaat – kan alleen gestalte krijgen als aan beide kanten van het constitutionele spectrum rekening wordt gehouden met het politieke bestaan van de ander.²⁵ De praktijk in de Unie laat tal van voorbeelden zien waaruit blijkt dat deze notie van wederzijdse loyaliteit betrekkelijk succesvol is geïnstitutionaliseerd; op het niveau van rechters, waar zij door de jurist het meest gemakkelijk kan worden gecontroleerd, maar ook in de context van het politieke proces. Als gevolg hiervan kan de constitutionele schemering in Europa in stand blijven.

Het evenwicht van een *Bund* is echter breekbaar. Concurrerende soevereiniteitsclaims zijn een belangrijk deel van haar wezen. Daarom ligt constant het gevaar op de loer dat deze claims naar de oppervlakte komen. Nu loopt een constitutionele orde tot op zekere hoogte altijd het risico dat zij moet wijken voor de politiek. Ook binnen entiteiten waarin over de vraag van soevereiniteit is besloten en de problematiek in die zin tot rust is gebracht – (eenheids)staten en confederaties – is het mogelijk dat het vraagstuk de kop op steekt. Anders aan een *Bund* is echter dat dit een juridische constructie is die tot ontwikkeling is gekomen vanuit de paradoxale gedachte dat *ook in de directe omgeving van het recht* aanknopingspunten voorhanden moeten zijn om de essentie van de *Bund*, een ‘Dualismus der politischen Existenz’, te vernietigen.²⁶ Revolutie, de term die normaal gesproken wordt gebruikt ter beschrijving van buitenwettelijke processen, wordt hierdoor een zeer ambigue aangelegenheid.

Zo’n ambigue periode maken we op dit moment, aan het begin van het eerste decennium van de 21^e eeuw mee. Door het uitbreken van de eurocrisis in 2008 zijn de federale vezels van de Unie onder zware druk komen te staan. In de zin dat het karakter van de Unie als rechtsgemeenschap openlijk in twijfel wordt getrokken door zowel de wijze waarop sommige crisismaatregelen worden aangenomen als de inhoudelijke oriëntatie hiervan. En in de zin dat steeds pregnanter de vraag op tafel komt te liggen welke landen nu eigenlijk samen de eenheid van de Unie vormen, en daarmee ook welke burgers in Europa nu eigenlijk samen een politieke gemeenschap zijn. Aan het slot van het laatste hoofdstuk is in verband hiermee besproken of de eurocrisis kan worden gekwalificeerd als uitzonderingstoestand – een Schmittiaans begrip voor een situatie waarin het recht op zijn tekortkomingen wordt gewezen en de soeverein zijn gezicht laat zien. De conclusie was dat, midden in de storm, niet met zekerheid kan worden gesteld of sprake is van een uitzonderingstoestand. Hoe dan ook lijken de Unie en de lidstaten wel op een kruispunt te zijn aanbeland, waarop de problematiek van constitutionele finaliteit zich nadrukkelijker dan ooit tevoren opdringt.

Op dit kruispunt aanbeland is het klimaat in Europa aan het veranderen en zijn veel zaken vloeibaar geworden. De Britten krijgen binnen enkele jaren waarschijnlijk de vraag voorgelegd of het Verenigd Koninkrijk binnen de Unie

²⁵ Zie *supra*, § 9.5.

²⁶ Zie *supra*, § 9.6.2.

CONCLUSIE

moet blijven of uit dient te treden. In Nederland is het kabinet Rutte medio 2013 met een inventarisatie gekomen welke taken in de toekomst beter op nationaal niveau kunnen worden uitgevoerd. Onder aanhef van de slogan: ‘De tijd van een ‘ever closer union’ in de Europese Unie is voorbij’, wordt onder andere voorgesteld om de Europese regulering van schoolfruit terug te dringen en het nationale eigenaarschap van bosbeheer te behouden.²⁷ Zo existentieel als het Britse beslissingsmoment dat naderbij komt, zo triviaal en misleidend oogt echter de inventarisatie van het Nederlandse kabinet. De regulering van schoolfruit leidt misschien wel tot ongenoegen over Europa, maar heeft niet direct met een ‘ever closer union’ van doen. Waar de lidstaten als gevolg van de eurocrisis voor zijn komen te staan, is niet zozeer de vraag of zij in kwantitatieve zin een Europese sprong moeten maken, als wel de vraag of zij dit in kwalitatieve zin moeten doen.

Vooralsnog lijkt de bereidheid tot meer integratie niet groot. Waar de lidstaten, in het bijzonder de eurolanden, door voortgedreven worden, is de vrees voor desintegratie en instabiliteit. De maatregelen die worden genomen om de crisis te bestrijden en in de toekomst te voorkomen, hebben mogelijk echter maar een beperkte houdbaarheidsdatum. Aan de basis van deze maatregelen liggen een geloof in nationale verantwoordelijkheid en een beperkte bereidheid tot solidariteit. Die twee ingrediënten lijken niet goed samen te gaan met een muntunie. De combinatie van nationale verantwoordelijkheid en beperkte solidariteit enerzijds en een muntunie anderzijds dwingt bovendien tot een steeds verdergaande jurisdisering van het politieke domein. Paradoxaal genoeg komt uit een hang naar behoud van formele zeggenschap daarom datgene wat soevereiniteit in materiële zin definieert in de knel: het recht op zelfbeschikking. Vroeger of later zal dit recht in de ogen moet worden gekeken. En dan zal de schuldencrisis die Europa nu teistert ofwel de ‘genesis’ tot verdere politieke integratie kunnen blijken te zijn, ofwel de aanleiding voor het uiteenvallen van de Europese *Bund* in een verzameling van soevereine staten.

²⁷ Zie www.rijksoverheid.nl/nieuws/2013/06/21/europees-wat-moet-nationaal-wat-kan.html.

Summary

Sovereignty and pluralism

A conceptual search for the constitutional foundations of the European legal order

This dissertation critically engages with a constitutional theory that is increasingly embraced by legal commentators as a paradigm for understanding the nature of the European Union: constitutional pluralism. A key question with regard to this engagement is that of sovereignty. This age-old yet also distinctly modern concept, at its core, refers to the simultaneously unbounded and rationally restricted power to establish a legal order. Highlighting these two traits of sovereignty, the main thesis of this book is that, generally, pluralist theories fail to fully grasp the constitutional dynamic that is at work in the EU.

Constitutional pluralism takes issue with the assumption that the Europe of today can still be understood in terms of hierarchy. This is because the theory observes that in our contemporary society legal norms are often interrelated and multilayered in character. However, heterarchy, the notion by which hierarchy is replaced in pluralist theories, in the final analysis proves to be unable to accommodate one of the most important values of the European Union: democracy. The right to self-determination, the nucleus of every democratic theory, is in need of constitutional unity. For that reason, in an existential way, we still live in the paradigm that came along with the founding of the modern state and the birth of the doctrine of sovereignty: Westphalia.

This argument, in the meantime, does not impose a static world view. If anything, the paradoxical nature of sovereignty teaches us that legal order is a highly ambivalent achievement. As a consequence, it is impossible to say with conceptual certainty and clarity from which source constitutional authority is derived in the European legal order. Sovereignty constitutes a *speech act*. It revolves around a *claim* on authority that, from a legal perspective, can only be justified by referring to a ‘truth’ that is contingent on the normative universe which the particular claim seeks to underpin. Against *competing* claims on authority it stands fairly powerless.

The European legal order harbours two of such competing claims on authority. On the one hand, there is the concept of national sovereignty. Most Member States have constitutions that contain a norm which attributes the validity of the constitution to an act of popular will. From the point of view of national law, every instance of legal authority binding upon the subjects of these constitutions ultimately has to abide by this norm – including legal authority with a Union signature. On the other hand, there is the concept of the autonomy of EU law. According to this concept, which was developed by the European Court of Jus-

SUMMARY

tice in the seminal cases of *Van Gend & Loos* and *Costa/ENEL*, Union law has a self-referential character. This means that the validity of EU law can only be judged against a background that is carved out of EU law itself.

Constitutional pluralism does not entirely gloss over this situation. On the contrary, the very origins of the theory lie in a period, the beginning of the nineties, in which it clearly came to the surface that different stories can be told regarding the nature of the European legal order. But constitutional pluralism does not look this dissonance directly in the face. Instead, most pluralist theories attempt to encapsulate the conflicting stories on the source of European law into an overarching normative framework, in which the potential of self-determination and sovereignty is muffled. Whatever the merits of such muffling from a rule of law perspective, this intellectual exercise ultimately runs into the conceptual sand.

What arises from these considerations is a complex and probably also somewhat abstract picture of the manner in which *norm* and *fact*, and *EU law* and *national law* relate to each other in the European legal order. This complexity and abstractness, however, should not detract from the impact these considerations have when it comes to understanding actual constitutional life in the European body politic. An example may illuminate this point. Article 14 (2) TEU pronounces that the ‘European Parliament shall be composed of representatives of the Union’s citizens’. Combined with Article 10 (1) TEU, which states that the ‘functioning of the Union shall be founded on representative democracy’, one might be tempted to think that legitimacy in the EU flows from an independent subject – something resembling a European people. This temptation turns into doubt when you read the 2009 *Lissabon*-judgment, handed down by the German Constitutional Court. In this judgment, the German Court stated that ‘contrary to the claim that Article 10.1 Lisbon TEU seems to make according to its wording, the European Parliament is not a representative body of a sovereign European people’, but ‘factually remains a representation of the peoples of the Member States’.¹

Which perception is correct? Pluralist theories would tell you that the German Court’s approach is either outright flawed or minimally incorrect, insofar it suggests that the European legal order is, *au fond*, a hierarchical construct, where the will of national peoples dictate and limit the direction and pace of the integration process. But they would also tell you that there is no such thing as a politically independent European people that has replaced or subordinated national peoples as subject of legitimacy. Instead, these theories would probably come up with the explanation that there exists a *composite* European citizen, who combines both the identity of the Union citizen and the identity of the national citizen.

¹ *Lissabon*, paras 280; 284.

This ship does not sail. In the absence of a *pouvoir constituant*, which can serve as a standard for establishing the common good, the composite European citizen simply fails to materialise. In its place, a passerby at the source of the European legal order either recognises a national citizen or a Union citizen. The first citizen, the national one, is for example visible in the manner in which the German Constitutional Court (and various other national actors) tries to steer through the euro crisis. Budget authority, we hear, should ultimately lie in the hands of national parliaments, the representatives of the sovereign peoples of the Member States. This is no innocent phrase. A dictum that was already in the books for quite some time – in the absence of a real European constitutional moment, democracy consigns the EU to the status of an association of sovereign states – now, in a time of crisis, very concretely seems to guide the direction of the path of European integration; a path maybe of more *Europeanisation*, but at the same time also of more *confederalisation*.

Yet this image is not straightforward. The Union citizen also steps into the limelight. He does so, for instance, when he goes out to vote in the elections for the European Parliament. Since the entry into force of the Lisbon Treaty, EU law provides for a relatively sound conceptual basis for the argument that this vote should matter when it comes to the formation of the European Commission.² Thus, it might be that the Lisbon Treaty lays the groundwork for the emergence of a mature European political system in which party-political preferences complement and compete with national political preferences. The European Parliament seems to think such a system is indeed emerging. The slogan which had to persuade voters to come to the ballot box in the 2014 elections, was ‘This time it’s different’. With these words, the EP invited Union citizens to play their part in a new phase of European integration.

To be sure, right now there is still a lot standing in the way of such a political system. Woven into their constitutional fabric, there are many checks and balances that keep the Union and the Member States on track of what, indeed, has the features of a pluralist legal order. But that is beside the point here. What is important to stress, though, is that it seems difficult to come up with a convincing argument how legal theory and/or positive law may provide an instrument that is able to conceptually curb the dynamic of self-determination. Democracy – and in particular the liberal rationale that underpins democracy – does not fare well when it is tied up to a *Grundnorm* that fixes a certain status quo. Such a *Grundnorm* could perhaps be envisaged in the static society of the Middle Ages, where God provided for normative, overarching order. In a modern, secular world where law is supposed to be a product of human labour, how-

² Article 17 (7) TEU amongst others states that ‘(ta)king into account the elections to the European Parliament and after having held the appropriate consultations, the European Council, acting by a qualified majority, shall propose to the European Parliament a candidate for President of the Commission. This candidate shall be elected by the European Parliament by a majority of its component members.’

SUMMARY

ever, norms, in order to be valid, need the constituent and legitimising power of a 'We', that is itself unconstrained by law. In the end, one always has to be able to answer the question: in *whose name* has there been action?

As stated earlier, this insistence on the importance of naked constituent power does not rule out multiple instantiations of sovereignty. A nascent European political community that bolsters a European political system can exist alongside national political communities that are called upon to legitimize particular budgetary arrangements. Here the characterisation of sovereignty as a speech act comes into play. Not only do norms need a 'We' to become valid, in turn a 'We' cannot come into existence without a norm representing that 'We'. Accordingly, as long as there exists more than one norm that represents a 'We' with regard to a particular constitutional constellation, it is possible to envisage more than one political community. However, arguably, we should not be fooled about the nature of such coexistence. In an existential sense, the European and national political communities are in competition with each other. If a European identity of some substance would indeed arise in conjunction with a European political system, this hurts national identity.

It is possible to think of all sorts of constitutional mechanisms to keep both identities – or sovereignties – balanced. After the German constitutionalist Carl Schmitt, such a balance in this book was called the hallmark of a true *federation*. But one cannot rule out the instance that one of these sovereignties really tries to establish itself on top of the other. And in this instance – Schmitt called it the 'state of exception' – it becomes clear that the concept of 'dual' or 'divided' sovereignty in fact constitutes an illusion. That in itself is not necessarily a good thing. As was already briefly mentioned, there are several reasons why a situation of constitutional haze with respect to the origins of a legal order – and the impression of heterarchy that comes with this haze – might actually be preferable to a situation where the sovereignty question has been decided upon. Freedom, it could be argued, thrives where democracy is checked. However we may feel about this, in the end there is just no explanatory value in twisting the processes that are responsible for the constitutional haze in Europe to such an extent that a new paradigm becomes necessary. We may live in a world in which states are no longer the sole actors that exercise public authority, but that does not mean that we have shrugged off the sovereign dynamic of the Westphalian model.

Literatuurlijst

A

Abbot: Lewis F. Abbot, *British Withdrawal from the European Union: A Guide to the Case For* (Manchester: Industrial Systems Research 2011).

Ackerman: Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (Cambridge: Harvard University Press 1991).

Amar: Akhil Reed Amar, *America's Constitution: A Biography* (New York: Random House 2005).

Alter: Karen Alter, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe* (Oxford: Oxford University Press 2001).

Ambtenbrink en Vedder: F. Ambtenbrink en H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010).

Anderson: M.S. Anderson, *The Origins of the Modern European State System* (London en New York: Longman 1998).

Anschütz: G. Anschütz, 'Lücken in den Verfassungs- und den Verwaltungsgesetzen', 14 *Verwaltungsarchiv* (1906) 336.

Arnull: Anthony Arnull, 'The Use and Abuse of Article 177', 52 *Modern Law Review* (1989) 622.

Arnull: Anthony Arnull, 'The European Court and Judicial Objectivity. A Reply to Professor Hartley', 112 *Law Quarterly Review* (1996) 411.

Avbelj: Matej Avbelj, 'Questioning EU Constitutionalisms', 9 *German Law Journal* (2008) 1.

Avbelj: Matej Avbelj, 'Theorizing Sovereignty and European Integration', *Ratio Juris* (2014) nng.

Avbelj en Komárek: Matej Avbelj en Jan Komárek, 'Four Visions of Constitutional Pluralism', 2 *European Journal of Legal Studies* (2008) 325.

LITERATUURLIJST

Avbelj en Komárek: Matej Avbelj en Jan Komárek (red.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* (Oxford: Hart Publishing 2012).

Aziz: Miriam Aziz, 'Sovereignty Lost, Sovereignty Regained? Some Reflections on the Bundesverfassungsgericht's Bananas Judgment', Robert Schumann Centre, EUI Working Paper 2001/31.

Aziz: Miriam Aziz, 'Sovereignty Über Alles: (Re)Configuring the German Legal Order', in: Neil Walker (red.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing 2003) 279.

B

Backes en Elantonio: Chris Backes en Mariolina Elantonio, 'Taking Constitutionalization One Step Too Far? The Need for Revision of the Rheinmühlen Case Law in the Light of the AG Opinion and the ECJ's Ruling in Elchinov', Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2010/09.

Badura: Peter Badura, *Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland* (München: Beck 2003).

De Baere: Geert de Baere, *Constitutional Principles of EU External Relations* (Oxford: Oxford University Press 2008).

De Baere: Geert de Baere en Kathleen Gutman, 'Federalism and International Relations in the European Union and the United States: A Comparative Outlook', in: Elke Cloots, Geert de Baere en Stefan Sottiaux (red.), *Federalism in the European Union* (Oxford: Hart Publishing 2012) 131.

Baker: Keith Michael Baker, *Inventing the French Revolution. Essays on French Political Culture in the Eighteenth Century* (Cambridge: Cambridge University Press 1990).

Barents: R. Barents, *De communautaire rechtsorde: Over de autonomie van het gemeenschapsrecht* (Deventer: Kluwer 2000). In het Engels verschenen als *The Autonomy of Community Law* (Den Haag: Kluwer Law International 2004).

LITERATUURLIJST

- Barents:** R. Barents, *Een Grondwet voor Europa: Achtergronden en commentaar* (Deventer: Kluwer 2005).
- Barents:** R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon: Achtergronden en commentaar* (Deventer: Kluwer 2008).
- Barents:** R. Barents, 'De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme', *SEW* (2009) 44.
- Barents:** R. Barents, 'Van Gend & Loos en Costa/ENEL', in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten en S. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten* (Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010) 22.
- Barents:** R. Barents, 'De constitutionele paradox van het Unierecht', *SEW* (2013) 300.
- Barkhuysen, Griffioen en Voermans:** Tom Barkhuysen, Henk Griffioen en Wim Voermans, 'Artikelen 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *NJB* (2004) 2289.
- Baudet:** Thierry Baudet, *Aanval op natiestaat* (Amsterdam: Bert Bakker 2012).
- Beard:** Charles A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* [1913] (New York: Dover Publications 2004).
- Beaud:** Olivier Beaud, 'Europa als Föderation? Relevanz und Bedeutung einer Bundeslehre für die Europäische Union', Vortrag an der Humboldt-Universität, 23 juni 2008 (FCE 5/08).
- Beaulac:** Stéphane Beaulac, *The Power of Language in the Making of International Law* (Leiden: Koninklijke Brill 2004).
- Beck:** Gunnar Beck, 'The Problem of Kompetenz-Kompetenz: a Conflict between Right and Right in which there is no Praetor', 30 *European Law Review* (2005) 42.
- Bellamy:** Richard Bellamy, 'Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty: Three Models of the State, Democracy and Rights within the EU', in: Neil Walker (red.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing 2003) 167.

LITERATUURLIJST

- Van den Berg en Vis:** J. Th.J. van den Berg en J.J. Vis, *De eerste honderdvijftig jaar: Parlementaire geschiedenis van Nederland 1796-1946* (Amsterdam: Bert Bakker 2013).
- Berman:** Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge: Harvard University Press 1985).
- Besselink:** L.F.M. Besselink, 'Het Verdrag van Maastricht wijkt ook op andere punten af van de Grondwet en eveneens van het Statuut', *NJB* (1992) 861.
- Besselink:** L.F.M. Besselink, 'An Open Constitution and European Integration. The Kingdom of the Netherlands', *SEW* (1996) 192.
- Besselink:** L.F.M. Besselink, 'De zaak-Metten: de Grondwet voorbij', *NJB* (1996) 165.
- Besselink:** L.F.M. Besselink e.a., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie* (Groningen: Europa Law Publishing 2002).
- Besselink:** L. F.M. Besselink, 'Double Dutch: The Referendum on the European Constitution', 12 *European Public Law* (2006) 345.
- Besselink:** L.F.M. Besselink, 'Parlement en buitenlandse politiek: Over Constitutionele relaties en de buitenwereld: een drieluik', in: J.Th.J van den Berg, J.L.W. Broeksteeg en L.F.M. Verhey (red.), *Het Parlement* (Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2007) 177.
- Besselink:** L.F.M. Besselink, 'Internationaal recht en nationaal recht', in: Nathalie Horbach, René Lefeber, Olivier Ribbelink (red.), *Handboek internationaal recht* (Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007) 47.
- Besselink:** L.F.M. Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie*, Oratie Universiteit Utrecht (Groningen: Europa Law Publishing 2007).
- Besselink:** L.F.M. Besselink, 'Editorial: Dynamics of European and National Citizenship: Inclusive or Exclusive?', 3 *European Constitutional Law Review* (2007) 1.
- Besselink:** L.F.M Besselink, 'The Notion and Nature of the European constitution after the Reform Treaty', 18 januari 2008, papers.ssrn.com .

- Besselink:** L.F.M. Besselink, ‘Case C-145/04, *Spain v. United Kingdom*, judgment of the Grand Chamber of 12 September 2006; Case C-300/04, *Eman and Sevinger*, judgment of the Grand Chamber of 12 September 2006; ECtHR (Third Section), 6 September 2007, Applications Nos. 17173/07 and 17180/07, *Oslin Benito Sevinger and Michiel Godfried Eman v. the Netherlands (Sevinger and Eman)*’, 45 *Common Market Law Review* (2008) 787.
- Besselink:** L.F.M. Besselink, ‘National and constitutional identity before and after Lisbon’, 6 *Utrecht Law Review* (2010) 36.
- Besselink:** L.F.M. Besselink, ‘Respecting Constitutional Identity in the EU. A Case Note to ECJ Case C-208/09 *Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien*’, 49 *Common Market Law Review* (2012) 671.
- Besselink en Hins:** L.F.M. Besselink en A.W. Hins e.a., *Europese Unie en nationale soevereiniteit* (Deventer: Kluwer 1997).
- Besselink en Reestman:** L.F.M. Besselink en J-H. Reestman, ‘Editorial: The Fiscal Compact and the European Constitutions: ‘Europe speaking German’’, 8 *European Constitutional Law Review* (2012) 1.
- Besson en Utzinger:** Samantha Besson en André Utzinger, ‘Toward European Citizenship’, 39 *Journal of Social Philosophy* (2008) 185.
- Bieber:** Roland Bieber, ‘“An Association of Sovereign States”: Comments on the German Constitutional Court’s Decision on the Lisbon Treaty’, 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 391.
- Böckenförde:** Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1986).
- Böckenförde:** Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1999).
- Böckenförde:** Ernst-Wolfgang Böckenförde, ‘Demokratie als Verfassungsprinzip’ in: J. Isensee en P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II (Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2003) 429.

LITERATUURLIJST

- Bodin:** Jean Bodin, *Les Six Livres de la République* [1576] (Parijs: Fayard 1986).
- Bogaard:** Geerten Boogaard, *Het wetgevingsbevel. Over manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten*, diss. Universiteit van Amsterdam (Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013).
- Von Bogdandy:** Armin von Bogdandy, 'The European Union as a Supranational Federation', 6 *Columbia Journal of European Law* (2000) 27.
- Von Bogdandy:** Armin von Bogdandy, 'Founding Principles', in: Armin von Bogdandy en Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law* (Oxford en München: Hart Publishing en Verlag CH Beck 2010) 11.
- Von Bogdandy:** Armin von Bogdandy e.a., 'Reverse *Solange*: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States', 49 *Common Market Law Review* (2012) 489.
- Von Bogdandy:** Armin von Bogdandy, 'The future of European constitutional scholarship', in: M. Diamant e.a. (red.), *The Powers that Be: Op zoek naar nieuwe checks and balances in de verhouding tussen wetgever, bestuur, rechter en media in de veellagige rechtsorde* (Oisterwijk: Wolf legal Publishers 2013) 13.
- Von Bogdandy en Bast:** Armin von Bogdandy en Jürgen Bast, 'The Federal Order of Competences', in: Armin von Bogdandy en Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law* (Oxford en München: Hart Publishing en Verlag CH Beck 2010) 275.
- Von Bogdandy en Schill:** Armin von Bogdandy en Stephan Schill, 'Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty', 48 *Common Market Law Review* (2011) 1417.
- Boom:** Steve J. Boom, 'The European Union after the *Maastricht* Decision: Will Germany Be the "Virginia of Europe?"', 43 *American Journal of Comparative Law* (1995) 177.
- Bovend'Eert en Kummeling:** P.P.T. Bovend'Eert en H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse Parlement* (Deventer: Kluwer 2005).

LITERATUURLIJST

- Bovend'Eert:** P.P.T. Bovend'Eert, 'Constitutionele crisis in Curaçao. Een reactie', *NJB* (2012) 3028.
- Bovend'Eert en Burkens:** P.P.T. Bovend'Eert en M.C. Burkens, 'De Bondsrepubliek Duitsland', in: L.F.M. Besselink e.a. (red.), *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie* (Deventer: Kluwer 2012) 59.
- Van den Brink en Van Meerten:** T. van den Brink en H. van Meerten, 'Constitutionele toetsing in Nederland: de Europese dimensie', *SEW* (2007).
- Van den Brink en Van Rossem:** Ton van den Brink en Jan Willem van Rossem, 'De zaak Pringle en de eurocrisis: juridische paradoxen en constitutionele perspectieven', 19 *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* (2013) 255.
- Van den Brink en Van Rossem:** Ton van den Brink en Jan Willem van Rossem, 'Sovereignty, Stability and Solidarity: Conflicting and Converging Principles in a Time of European Crisis', uitgenodigd voor publicatie in het *Irish Journal of European Law* (2014).
- Brinkhorst:** L.J. Brinkhorst, 'Geldt de voorrang van het Gemeenschapsrecht ook voor de Franse Conseil d'Etat?', *SEW* (1968) 519.
- Brinkhorst:** L.J. Brinkhorst, *Europese Unie en nationale soevereiniteit*, Oratie Universiteit Leiden 2008.
- Brouwer:** J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland: Een studie naar de verhouding tussen nationaal en internationaal recht in historisch perspectief* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992).
- Bryde:** Brun-Otto Bryde, 'The ECJ's Fundamental Rights Jurisprudence: A Milestone in Transnational Constitutionalism', in: Miguel Poiares Maduro en Loïc Azoulai (red.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 199.
- Buijs:** Govert Buijs, '“Que les Latins appellent maiestatem”: An Exploration into the Theological Background of the Concept of Sovereignty', in: Neil Walker (red.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing 2003) 229.

LITERATUURLIJST

- De Búrca:** Gráinne de Búrca, 'The EU's Supremacy doctrine: Sovereignty by any other Name?', in: Neil Walker (red.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing 2003) 449.
- De Búrca:** Gráinne de Búrca, 'The EU on the Road from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty', Jean Monnet Working Paper 03/08.
- De Búrca :** Gráinne de Búrca, 'The Evolution of EU Human Rights Law', in: Paul Craig en Gráinne de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law* (Oxford: Oxford University Press 2011) 465.
- Burgess:** Michael Burgess, *Federalism and European Union: The Building of Europe. 1950-2000* (Londen: Routledge 2000).
- Burgorgue-Larsen:** Laurence Burgorgue-Larsen, 'France: The impact of European fundamental rights on the French Constitutional Court', in: Patricia Popelier, Catherine van de Heyning en Piet van Nuffel (red.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts* (Cambridge: Intersentia 2011) 211.
- Burkens en Vermeulen:** M.C. Burkens en B.P. Vermeulen, 'Maastricht in strijd met de Grondwet?', *NJB* (1992) 861.
- Burkens, Kummeling, Vermeulen en Widdershoven:** M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, *Begin-selen van de democratische rechtsstaat* (Deventer: Kluwer 2012).

C

- Van Caenegem:** R.C. van Caenegem, *An historical introduction to western constitutional law* (Cambridge: Cambridge University Press 1995).
- Cartabia:** Marta Cartabia, 'Taking Dialogue Seriously: The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union', Jean Monnet Working Paper 12/07.
- Casanas Adam:** E. Casanas Adam, 'The Independence Referendum and Debates on Catalonia's Constitutional Future', 5 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2014) 162.

- Cassese:** Antonio Cassese, *International Law in a Divided World* (Oxford: Oxford University Press 1987)
- Cassese:** Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press 2005).
- Christiansen en Reh:** Thomas Christiansen and Christine Reh, *Constitutionalizing the European Union* (Gordonsville: Palgrave Macmillan 2009).
- Christodoulidis:** Emiliios Christodoulidis, 'Constitutional Irresolution: Law and the Framing of Civil Society', 9 *European Law Journal* (2003) 401.
- Christodoulidis:** Emiliios Christodoulidis, 'Against Substitution: The Constitutional Thinking of Dissensus', in: Martin Loughlin en Neil Walker (red.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford: Oxford University Press 2007) 189.
- Christodoulidis en Dukes:** Emiliios Christodoulidis en Ruth Dukes, 'On the Unity of European Labour Law', in: Sascha Prechal en Bert van Roermund (red.), *The Coherence of EU Law* (Oxford: Oxford University Press 2008) 397.
- Christov:** Theodore Christov, 'Vattel's Rousseau: *ius gentium* and the natural liberty of states', in: Quentin Skinner en Martin van Gelderen (red.), *Freedom and the Construction of Europe* (Cambridge: Cambridge University Press 2013) 167.
- Church:** William Farr Church, *Constitutional Thought in Sixteenth-Century France: A Study in the Evolution of Ideas* (Cambridge: Harvard University Press 1941).
- Claes:** Monica Claes, 'Constitutionalising Europe at its Source: Europe Provisions in National Constitutions, Evolution and Typology', 24 *Yearbook of European Law* (2005) 81.
- Claes:** Monica Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution* (Oxford: Hart Publishing 2006).

LITERATUURLIJST

- Claes en De Witte:** Monica Claes en Bruno de Witte, 'The European Court and National Courts Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context: Report on the Netherlands', EUI Working Paper RSC nr. 95/26 (1996).
- Claes en Leenknecht:** Monica Claes en Gert Jan Leenknecht, 'The Netherlands: A Case of constitutional leapfrog: Fundamental rights protection under the Constitution, the ECHR and the EU Charter in the Netherlands', in: Patricia Popelier, Catherine van de Heyning en Piet van Nuffel (red.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts* (Antwerpen: Intersentia 2011) 287.
- Cloots:** Elke Cloots, 'Germs of Pluralist Judicial Adjudication: *Advocaten voor de Wereld* and Other References from the Belgian Constitutional Court', 47 *Common Market Law Review* (2010) 645.
- Cloots, De Baere en Sottiaux:** Elke Cloots, Geert de Baere en Stefan Sottiaux (red.), *Federalism in the European Union* (Oxford: Hart Publishing 2012).
- Cobbs:** Richard Cobbs, *Reactions to the French Revolution* (London: Oxford University Press 1972).
- Colenbrander:** H.T. Colenbrander, *Ontstaan der Grondwet*, Deel I (Den Haag: Martinus Nijhoff 1908).
- Colenbrander:** H.T. Colenbrander, *Vestiging van het Koninkrijk (1813-1815)* (Amsterdam: Meulenhoff 1927).
- Common Market Law Review:** 'Editorial: Two-speed citizenship: Can the Lisbon Treaty help close the gap?', 45 *Common Market Law Review* (2008) 1.
- Common Market Law Review:** 'Editorial: European Elections – is the European Parliament important today?', 46 *Common Market Law Review* (2009) 767.
- Common Market Law Review:** 'Editorial: Hungary's new constitutional order and "European unity"', 49 *Common Market Law Review* (2012) 871.
- Conway:** Gerard Conway, 'Breaches of EC Law and the International Responsibility of Member States', 13 *European Journal of International Law* (2002) 679.

- Conway:** Gerard Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press 2012).
- Corrias:** Luigi Corrias, *The Passivity of Law: Competence and Constitution in The European Body Politic*, diss. Universiteit van Tilburg 2010.
- Cottier:** Thomas Cottier, 'A Theory of Direct Effect in Global Law', in: Armin von Bogdandy, Petros C. Mavroidis en Yves Mény (red.), *European Integration and International Co-ordination* (Den Haag: Kluwer International Law 2002) 104.
- Craig:** Paul Craig, 'Once Upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law', 12 *Oxford Journal of Legal Studies* (1992) 453.
- Craig:** Paul Craig, 'Constitutions, Constitutionalism, and the European Union', 7 *European Law Journal* (2001) 125.
- Craig:** Paul Craig, 'Competence: Clarity, Conferral, Containment and Consideration', 29 *European Law Review* (2004).
- Craig:** Paul Craig, 'The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance', 33 *European Law Review* (2008) 137.
- Craig:** Paul Craig, *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform* (Oxford: Oxford University Press 2010).
- Craig:** Paul Craig, 'The Nature of the Community: Integration, Democracy, and Legitimacy', in: Paul Craig en Gráinne de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law* (Oxford: Oxford University Press 2011) 13.
- Craig:** Paul Craig, 'The ECJ and *Ultra Vires* Action: A Conceptual Analysis', 48 *Common Market Law Review* (2011) 323.
- Craig:** Paul Craig, 'The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism', 37 *European Law Review* (2012) 231.
- Craig en De Búrca:** Paul Craig en Gráinne De Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (Oxford: Oxford University Press 2011).
- Cremona:** Marise Cremona, 'Defending the Community Interest: the Duties of Cooperation and Compliance', in: Marise Cremona en Bruno de Witte (red.),

LITERATUURLIJST

EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals (Oxford en Portland: Hart Publishing 2008) 125.

Cremona: Marise Cremona (red.), *Developments in EU External Relations Law* (Oxford: Oxford University Press 2008).

Cruz: Julio Baquero Cruz, 'The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement', 14 *European Law Journal* (2008) 389.

Curtin: Deirdre M. Curtin, 'The Constitutional Structure of the Union: a Europe of Bits and Pieces', 30 *Common Market Law Review* (1993) 17.

Curtin: Deirdre M. Curtin, 'EU constitution as architecture: separation of powers in the twenty-first century', in: J.H. Reestman, A. Schrauwen, M. van Montfrans en J. Jans (red.), *De regels en het spel: opstellen over recht, filosofie, literatuur en geschiedenis aangeboden aan Tom Eijsbouts* (Den Haag: T.M.C. Asser Press 2011) 123.

Curtin en Dekker: Deirdre M. Curtin en Ige F. Dekker, 'The European Union from Maastricht to Lisbon: Institutional and Legal Unity out of the Shadows', in: Paul Craig en Gráinne de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law*, tweede druk (Oxford: Oxford University Press 2011) 155.

Cuyvers: Armin Cuyvers, 'De botsing van interne en externe soevereiniteit: Europa als keninstrument van soevereiniteit in historisch perspectief', in: Geleijn Molier en Timo Slootweg (red.), *Soevereiniteit en recht: Rechtsfilosofische beschouwingen* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009) 87.

Cuyvers: Armin Cuyvers, 'The Confederal Comeback: Rediscovering the Confederal Form for a Transnational World', 19 *European Law Journal* (2013) 711.

D

Dashwood: A.A. Dashwood, 'The Limits of European Community Powers', 21 *European Law Review* (1996) 113.

Dashwood: A.A. Dashwood, 'The relationship between the Member States and the EU/EC', 41 *Common Market Law Review* (2004) 355.

LITERATUURLIJST

- Davies:** Gareth Davies, *European Union Internal Market Law* (Londen: Cavendish Publishing 2003).
- Davies:** Gareth Davies, 'Constitutional Disagreement in Europe and the Search for Pluralism', Eric Stein Working Paper nr. 1/2010.
- Davies:** Gareth Davies, *A time to mourn: How I learned to stop worrying and quite like the European Union*, Oratie Amsterdam VU , 26 juni 2008.
- Davies:** Norman Davies, *Europe: A History* (Oxford: Oxford University Press 1996).
- Davies:** Norman Davies, *Vanished Kingdoms. The History of Half-Forgotten Europe* (Londen: Penguin Books 2011).
- Dekker:** I.F. Dekker, 'Het EU-burgerschap en de Europese Unie als Internationale Organisatie', in: A. van den Brink e.a. (red.), *Beginnelsen bouwen burgerschap* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011) 80.
- Dellavalle:** Sergio Dellavalle, 'Lost in Transition? From Domestic Integration through National Constitutions to Supranational Integration through European Constitutionalism', in: Fabian Amtenbrink en Peter A.J. van den Berg (red.), *The Constitutional Integrity of the European Union* (Den Haag: T.M.C. Asser Press 2010) 91.
- Diamond:** Jared Diamond, *Guns, Germs and Steel: a short history of everybody for the last 13.000 years* (New York: WW Norton & Co 1999).
- Dicey:** *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Londen: Macmillan & Co. 1915).
- Diner en Stolleis:** Dan Diner en Michael Stolleis (red.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt: A Junxtaposition* (Gerlingen: Bleicher Verlag 1998).
- Dougan:** Michael Dougan, 'When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy', 44 *Common Market Law Review* (2007) 931.
- Dougan:** Michael Dougan, 'What are we to make of the Citizens' initiative?', 48 *Common Market Law Review* (2011) 1807.

LITERATUURLIJST

- Douglas-Scott:** Sionaidh Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union* (Harlow: Pearson 2002).
- Drentje:** Jan Drentje, *Thorbecke. Een filosoof in de politiek* (Amsterdam: Boom Uitgeverij 2004).
- Van den Driessche:** Ilse van den Driessche, *Politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Het Nederlandse begrip in rechtsvergelijkend perspectief*, diss. Rijksuniversiteit Groningen (Deventer: Kluwer 2005).
- Duchateau:** Michiel Duchateau, *Het Europees Parlement als transnationale volksvertegenwoordiging: Over volkssoevereiniteit, (con)federalisme en Europese volksvertegenwoordiging*, diss. Rijksuniversiteit Groningen (Kluwer: Deventer 2014).
- Duynstee:** F.J.F.M. Duynstee, *Grondwetsherziening 1953: De nieuwe bepalingen omtrent de buitenlandse betrekkingen in de Grondwet* (Deventer: Kluwer 1954).
- Dworkin:** Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press 1986).
- Dyevre:** Arthur Dyevre, 'The Melki Way: The Melki Case and Everything You Always Wanted to Know About French Judicial Politics (But Were Afraid to Ask)', in: Monica Claes e.a. (red.), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures* (Cambridge: Intersentia 2012).
- Dyzenhaus:** David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford: Oxford University Press 1999).
- Dyzenhaus:** David Dyzenhaus, 'The Politics of the Question of Constituent Power', in: Martin Loughlin en Neil Walker (red.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford: Oxford University Press 2007) 129.

E

- Eeckhout:** Piet Eeckhout, 'The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question', 39 *Common Market Law Review* (2002) 945.

LITERATUURLIJST

- Van Eijken:** H. van Eijken, 'Ruiz Zambrano the aftermath: de impact van artikel 20 VWEU op de Nederlandse rechtspraak', 18 *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* (2012) 41.
- Van Eijken en De Vries:** H. van Eijken en S.A. de Vries, 'A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after *Ruiz Zambrano*', 36 *European Law Review* (2011) 349.
- Eijsbouts:** W.T. Eijsbouts, 'Fundering en geleding: Opmerkingen over Lissabon en de institutionele structuur van de Unie', *SEW* (2008) 82.
- Eijsbouts:** W.T. Eijsbouts, 'Wir sind das Volk'. Notes about the notion of 'The people' as occasioned by the Lissabon Urteil', 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 199.
- Eijsbouts:** W.T. Eijsbouts (e.a.), *Europees recht: Algemeen Deel* (Groningen: Europa Law Publishing 2012).
- Eijsbouts en Besselink:** W.T. Eijsbouts en Leonard Besselink, 'Editorial: 'The Law of Laws': Overcoming Pluralism', 4 *European Constitutional Law Review* (2008) 395.
- Eijsbouts en Claes:** W.T. Eijsbouts en Monica Claes, 'Editorial: From Confederacy to Convoy: Thoughts about the Finality of the Union and its Member States', 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 1.
- Eleftheriadis:** Pavlos Eleftheriadis, 'Begging the Constitutional Question', 36 *Journal of Common Market Studies* (1998) 258.
- Ellis:** Joseph J. Ellis, *American Creation* (New York: Vintage Books 2007).
- Elsuwege:** Peter van Elsuwege, 'Court of Justice of the European Union European Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited: Decision of 5 May 2011, Case C 434/09 *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*', 7 *European Constitutional Law Review* (2011) 308.
- Elsuwege en Adam:** Peter van Elsuwege en Stanislas Adam, 'Belgium: The Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination: Constitutional Court, Judgment 11/2009 of 21 January 2009', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 327.

LITERATUURLIJST

- Ely:** John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Massachussets en Londen: Harvard University Press 1980).
- Elzinga en De Lange:** D.J. Elzinga en R. de Lange, *Van der Pot: Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (Deventer: Kluwer 2006).
- Everling:** Ulrich Everling, 'Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft noch Herren der Verträge?', in: R. Bernhardt e.a. (red.), *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler* (Berlijn: Springer Verlag 1982) 173.
- Everling:** Ulrich Everling, 'The European Union as a Federal Association of States and Citizens', in: Armin von Bogdandy en Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law* (Oxford en München: Hart Publishing en Verlag CH Beck 2010) 701.
- Eyffinger:** Arthur Eyffinger, 'Europe in the Balance: An Appraisal of the Westphalian System', 45 *Netherlands International Law Review* (1998) 161.
- F**
- Fabio:** Udo Di Fabio, 'Der neue art. 23 des Grundgesetzes: Positivierung vollzogener Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?', 32 *Der Staat* (1993) 191.
- Fabbrini:** Federico Fabbrini, 'Voting Rights for Non-Citizens: The European Multilevel and the US Federal Constitutional Systems Compared', 7 *European Constitutional Law Review* (2011) 392.
- Fassbender:** Bardo Fassbender, 'Sovereignty and Constitutionalism in International Law', in: Neil Walker (red.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing 2003) 115.
- Fennelly:** N. Fennelly, 'Preserving the Legal Coherence within the New Treaty: The ECJ after the Treaty of Amsterdam', 5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (1998) 185.
- Fischer:** Joschka Fischer, 'Vom Staatenverbund zur Föderation - Gedanken über die Finalität der europäischen Integration', FCE-Spezial 2/2000.

LITERATUURLIJST

- Fleuren:** J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, diss. Radboud Universiteit Nijmegen (Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004).
- Fleuren:** J.W.A. Fleuren, 'De historische ontwikkeling van de verhouding tussen internationaal en nationaal recht', 61 *Ars Aequi* (2012) 510.
- Fleuren en De Wit:** J.W.A. Fleuren en J. de Wit, 'Het voorstel-Taverne', *NJB* (2012) 2812.
- Fontanelli en Martinico:** Filippo Fontanelli en Giuseppe Martinico, 'Cooperative Antagonists: The Italian Constitutional Court and the Preliminary Reference: Are We Dealing with a Turning Point?', Eric Stein Working Paper No 5/2008.
- Fox:** Robin Lane Fox, *The Classical World: An Epic History of Greece and Rome* (Londen: Penguin Books 2006).
- Franklin:** Julian H. Franklin, *Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory* (Cambridge: Cambridge University Press 1973).
- Franklin:** Julian H. Franklin, 'Sovereignty and the mixed constitution', in: J.H. Burns en Mark Goldie, *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700* (Cambridge: Cambridge University Press 1994) 258.

G

- Gerards:** J.H. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen: hoe moet de rechter daarmee omgaan?', 3 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2010) 224.
- Geursen:** W.W. Geursen, 'Belgisch en Nederlands belastingrecht bieden aftrek-kartelboetes; EU recht ook?', 18 *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* (2012) 211.
- Gicquel:** Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques* (Parijs: Montchrestien 1997).
- Gilmour:** David Gilmour, *The Pursuit of Italy: A History of a Land, its Regions and their Peoples* (Londen: Allen Lane 2011).

LITERATUURLIJST

Goldsworthy: Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates* (Cambridge: Cambridge University Press 2010).

Grabenwarter: Christoph Grabenwarter, 'National Constitutional Law relating to the European Union', in: Armin von Bogdandy en Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law* (Oxford en München: Hart Publishing en Verlag CH Beck 2010) 83.

Grawert: Rolf Grawert, 'Staatsvolk und Staatsangehörigkeit', in: J. Isensee en P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II (Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2003) 107.

Grewe: Wilhelm G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (Baden-Baden: Nomos 1984).

Griffin: Stephen M. Griffin, 'Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism', in: Martin Loughlin en Neil Walker (red.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford: Oxford University Press 2007) 49.

Griller en Ziller: S. Griller en J. Ziller (red.), *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* (Wenen: Springer Verlag 2008).

Grimm: Dieter Grimm, 'Does Europe Need a Constitution?', 1 *European Law Journal* (1995) 282.

Grimm: Dieter Grimm, 'Ursprung und Wandel der Verfassung', in: J. Isensee en P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I (Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2003) 3.

Grimm: Dieter Grimm, 'Defending Sovereign Statehood Against Transforming the Union Into a State', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 353.

H

Häberle: Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre* (Baden-Baden: Nomos 2009).

Habermas: Jürgen Habermas, 'Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?', 1 *European Law Journal* (1995) 303.

- Hailbronner:** Kay Hailbronner, ‘Union Citizenship and Access to Social Benefits’, 42 *Common Market Law Review* (2005) 1245.
- Halberstam:** Daniel Halberstam, ‘The bride of Messina: constitutionalism and democracy in Europe’, 30 *European Law Review* (2005) 775.
- Halberstam:** Daniel Halberstam, ‘Pluralism in *Marbury* and *Van Gend*’, in: Miguel Poiares Maduro en Loïc Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 26.
- Halter:** Ulrich Halter, ‘On Finality’, in: Armin von Bogdandy en Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law* (Oxford en München: Hart Publishing en Verlag CH Beck 2010) 205.
- Halter:** Ulrich Halter, ‘Tomuschat's Traum: Zur Bedeutung von Souveränität im Völkerrecht’, in: P.M Dupuy e.a. (red.), *Völkerrecht Als Wertordnung – Common values in International Law: Festgeschrift für Christian Tomuschat* (Kehl am Rhein: Engel 2006) 867.
- Hamilton, Madison en Jay:** Alexander Hamilton, James Madison, en John Jay, *The Federalist* [1787-1788] (New York: Barnes & Noble Classics 2006).
- Hart:** H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 1961).
- Van Harten:** Herman van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europese recht. Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer*, diss. Universiteit van Amsterdam (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011).
- Hartley:** Trevor C. Hartley, *Constitutional Problems of the European Union* (Oxford: Hart Publishing 1999).
- Hatje:** A. Hatje, *Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union* (Baden-Baden: Nomos 2001).
- Heisbourg:** François Heisbourg, *La Fin du Rêve Européen* (Parijs: Stock 2013).
- Heller:** Hermann Heller, *Die Souveränität: Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts* (Berlijn: De Gruyter 1927).

LITERATUURLIJST

- Heller:** Hermann Heller, *Staatslehre* [1934] (Leiden: A.W. Sijthoff 1963).
- Heller:** Hermann Heller, 'The Essence and Structure of the State', in: Arthur J. Jacobson en Bernhard Schlink (red.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (Berkeley: University of California Press 2002) 265.
- Heller:** Hermann Heller, 'Political Democracy and Social Homogeneity', in: Arthur J. Jacobson en Bernhard Schlink (red.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (Berkeley: University of California Press 2002) 256.
- Heringa:** A.W. Heringa, 'De verdragen van Maastricht in strijd met de Grondwet: Goedkeuring met twee derde meerderheid?', *NJB* (1992) 749.
- Heun:** Werner Heun, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010).
- Heuschling:** Luc Heuschling, 'Krise der Demokratie und der juristischen Demokratielehre in Frankreich', in: Hartmut Bauer, Peter M. Huber en Karl-Peter Sommermann (red.), *Demokratie in Europa* (Tübingen: Mohr Siebeck 2005) 33.
- Hillgruber:** Christian Hillgruber, 'Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung', in: J. Isensee en P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II. (Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2004) 929.
- Hirsch Ballin:** Ernst M.H. Hirsch Ballin, 'Soevereiniteit in de Europese Unie', *NJB* (1997) 2005.
- Hobbes:** Thomas Hobbes, *Leviathan* [1651]; bewerkt door J.C.A. Gaskin (Oxford: Oxford University Press 1998).
- Hobbes:** Thomas Hobbes, *Man and citizen* (Londen 1642) (New York: Humanities Press 1978).
- Hobshawm:** Eric Hobshawm, *The Invention of Tradition* (Cambridge: Cambridge University Press 1983).
- Hoeksma:** J.A. Hoeksma, *De EU als Unie van burgers en lidstaten: Naming and Defining the European Union* (Deventer: Kluwer 2009).

- Hoeksma:** J.A. Hoeksma, 'The EU as a democratic polity in international law', CLEER Working Paper 2011/2.
- Holland:** Tom Holland, *Millenium: The End of the World and the Forging of Christendom* (Londen: Abacus 2008).
- Holmes:** Stephen Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism* (Cambridge: Harvard University Press 1993).
- Holmes:** Stephen Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy* (Chicago: University of Chicago Press 1995).
- Holterman:** Thom Holterman e.a. (red.), *Algemene begrippen staatsrecht* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985).
- Hoogers:** Gerhard Hoogers, *De verbeelding van het soevereine* (Deventer: Kluwer 1999).
- Hoogers:** Gerhard Hoogers, 'Silete, theologi, in munere alieno? Een beschouwing over de bestendigheid van theologische leerstukken voor staat en recht in het licht van Kelsens 'Allgemeine Staatslehre'', 32 *Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* (2002) 27.
- Hoogers:** Gerhard Hoogers, 'De verbeelding van de rede en de Europese Unie: Over politieke representatie in Nederland en haar toekomst', in: J.W.M. Engels en M. Nap (red.), *De ontwikkeling en toekomst van de vertegenwoordigende democratie* (Deventer: Kluwer 2004) 68.
- Hoogers:** Gerhard Hoogers, 'De herziening herzien: over de (on)vanzelfsprekendheid van het wijzigen van hoofdstuk 8 van de Grondwet', *RegelMaat* (2007) 99.
- Hoogers:** Gerhard Hoogers, 'The Paradox of Politics from a Constitutional Perspective: the Constituent Power of the People and the Representation of the General Will', 38 *Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* (2008) 163.
- Hoogers:** Gerhard Hoogers, 'Van der Staaij als hoeder van de constitutie', in: D.J. Elzinga en W.J.M. Voermans (red.), *Brieven aan de staatscommissie* (Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2008) 65.

LITERATUURLIJST

Hoogers: Gerhard Hoogers, 'Karlsruhe en Europa deel zoveel: de ESM - uitspraak van het Bundesverfassungsgericht', 3 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2013) 205.

Hoogers: Gerhard Hoogers, 'The Significance of Borders: Why representative Government and the Rule of Law require Nation States', 3 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2013) 266.

Hoogers en Van den Driessche: Gerhard Hoogers en Ilse van den Driessche, 'Een democratisch soevereiniteitsbegrip: *pouvoir constituant* als constitutioneel leerstuk en de grondwet in Nederland en België', in: C.W. Noorlander, J.L.W. Broeksteeg, N.S. Efthymiou en H.G. Hoogers (red.), *Het volk regeert: Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21^e eeuw* (Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008) 53.

Hoogers en Nap: Gerhard Hoogers en Mentko Nap, 'Het Statuut, de Grondwet en het internationale recht', in: L.J.J. Rogier en H.G. Hoogers (red.), *50 jaar Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden: Bijdragen voor het congres 50 jaar Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, 3 december 2004* (Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2004) 53.

Huber: Ernst Rudolf Huber, 'Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung', in: J. Isensee en P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I. (Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2003) 129.

Hulstijn en Van Rossem: Wouter Hulstijn en Jan Willem van Rossem, 'Het Lissabon Urteil: pluralisme op Duitse voorwaarden', in: J.M.J. van Rijn Alkemade en J. Uzman (red.), *Soevereiniteit of pluralisme? Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil* (Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011) 21.

I

Isensee: J. Isensee, 'Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte: offener Dissens', in: Joachim Burmeister en Michael Nierhaus (red.), *Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag* (München: Beck 1997) 1263.

Isensee: J. Isensee, 'Staat und Verfassung', in: J. Isensee en P. Kirchhof (red.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II (Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2004) 3.

Isensee en Kirchhof: J. Isensee en P. Kirchhof (red.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I (Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2003).

J

Jackson: R. Jackson, 'Sovereignty in World Politics: A Glance at the Conceptual and Historical Landscape', 67 *Political Studies* (1999) 431.

Jacobs: Francis G. Jacobs, 'Wachauf and the Protection of Fundamental Rights in EC Law', in: Miguel Poiares Maduro en Loïc Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 133.

Jacobson en Schlink: Arthur J. Jacobson en Bernhard Schlink (red.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (Berkeley: University of California Press 2002).

Jakab: András Jakab, 'Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentations before the European Integration and since', 2 *European Constitutional Law Review* (2006) 375.

Jarras en Pieroth: Hans Dieter Jarass en Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG* (München: Beck 2011).

Jellinek: G. Jellinek *Allgemeine Staatslehre* (Berlijn: Häring 1914).

Jessurun d'Oliviera: H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Ontkoppeling van nationaliteit en Unieburgerschap?', *NJB* (2010) 1028.

Jetzlsperger: Christian Jetzlsperger, 'Legitimacy through Jurisprudence? The Impact of the European Court of Justice on the Legitimacy of the European Union', *EUI Working Paper Law*, Nr. 2003/12.

LITERATUURLIJST

K

Kaiser: Joseph H. Kaiser, 'Das Europarecht in der Krise der Gemeinschaften', 1 *Europarecht* (1966) 4.

Kantorowicz: Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology* (Princeton: Princeton University Press 1997).

Kapteyn: P.J.G. Kapteyn, 'Toetsing van EEG-verordeningen aan nationale grondrechten door de Duitse en Italiaanse Constitutionele Hoven?', 25 *Ars Aequi* (1976) 111.

Kapteyn en VerLoren van Themaat: P.J.G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen* (Deventer: Kluwer 2003).

Kelsen: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* [1934] (Tübingen: Mohr Siebeck 2008).

Kelsen: Hans Kelsen, 'Natural Law Doctrine and Legal Positivism', in: Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge: Harvard University Press 1945).

Kelsen: Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* [1925] (Wenen: Österreichische Staatsdruckerei 1993).

Kelsen: Hans Kelsen, 'On the Essence and Value of Democracy', in: Arthur J. Jacobson en Bernhard Schlink (red.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (Berkeley: University of California Press 2002) 84.

Kern: Fritz Kern, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter: zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie* (Münster en Köln: Böhlau Verlag 1954).

Kinneging: A.A.M. Kinneging, 'Het absolutisme als voorloper van de rechtsstaat', 18 *Theoretische Geschiedenis* (1991) 401.

Kirchhof: Paul Kirchhof, 'The Balance of Powers Between National and European Institutions', 5 *European Law Journal* (1995) 225.

- Klabbers:** Jan Klabbers, *Treaty Conflict and the European Union* (Cambridge: Cambridge University Press 2009).
- Kmiec:** K.D. Kmiec, 'The Origin and Current Meanings of Judicial Activism', 92 *California Law Review* (2004) 1441.
- Kocharov:** Anna Kocharov (red.), 'Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty', EUI Working Paper LAW 2012/09.
- Kochenov:** Dimitry Kochenov, 'Ius Tractum of Many Faces: European Citizenship and the Difficult Relationship between Status and Rights', 15 *Columbia Journal of European law* (2009) 169.
- Komárek:** Jan Komárek, 'Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order', 42 *Common Market Law Review* (2005) 9.
- Komárek:** Jan Komárek, 'In the court(s) we trust? On the need for hierarchy and differentiation in the preliminary ruling procedure', 32 *European Law Review* (2007) 467.
- Komárek:** Jan Komárek, 'European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of "Contrapunctual Principles"', 44 *Common Market Law Review* (2007) 9.
- Komárek:** Jan Komárek, 'Playing with Matches', 8 *European Constitutional Law Review* (2012) 323.
- Koopmans:** Tim Koopmans, 'De Europese Gemeenschappen en het Nederlandse staatsbestel', *RMThemis* (1980) 373.
- Koopmans:** Tim Koopmans, 'Guest Editorial – Federalism: The wrong debate', 29 *Common Market Law Review* (1992) 1047.
- Koopmans:** Tim Koopmans, 'Rechter, D-mark en democratie: het Bundesverfassungsgericht en de Europese Unie', *NJB* (1994) 245.
- Koopmans:** Tim Koopmans, 'The Theory of Interpretation and the Court of Justice', in: David O'Keeffe (red.), *Judicial Review in European Union Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Vol. I (Den Haag: Kluwer International Law 2000) 45.

LITERATUURLIJST

- Koopmans:** Tim Koopmans, *Courts and Political Institutions* (Cambridge: Cambridge University Press 2003).
- Kortmann:** C.A.J.M. Kortmann, 'De verdragen van Maastricht niet in strijd met de Grondwet', *NJB* (1992) 862.
- Kortmann:** C.A.J.M. Kortmann, 'Souvereiniteit: on s'amuse', in: J.L. de Reede en J.H. Reestman (red.), *Op het snijvlak van recht en politiek: Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. L. Prakke* (Deventer: Kluwer 2003) 156.
- Kortmann:** C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (Deventer: Kluwer 2001).
- Kortmann en Broeksteeg:** C.A.J.M. Kortmann en J.L.W. Broeksteeg, 'De Franse Republiek', in: L.F.M. Besselink e.a. (red.), *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie* (Deventer: Kluwer 2012) 119.
- Koskenniemi:** Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The structure of international legal argument* (Cambridge: Cambridge University Press 2005).
- Kossmann:** E.H. Kossmann, *Politieke theorie en geschiedenis: verspreide opstellen en voordrachten* (Amsterdam: Bert Bakker 1987).
- Kossmann:** E.H. Kossmann, 'De Nederlandse Opstand: Constitutie, autonomie en soevereiniteit', in: Frank Ankersmit en Wessel Krul (red.), *Geschiedenis is als een olifant: Een keuze uit het werk van E.H. Kossmann* (Amsterdam: Bert Bakker 2005) 53.
- Kossmann:** E.H. Kossmann, 'Bodin, Althusius en Parker' in: Frank Ankersmit en Wessel Krul (red.), *Geschiedenis is als een olifant. Een keuze uit het werk van E.H. Kossmann* (Amsterdam: Bert Bakker 2005) 118.
- Kossmann:** E.H. Kossmann, *De Lage Landen 1780-1980: Twee eeuwen Nederland en België*, Deel. I, (Amsterdam: Olympus 2005).
- Kostakopoulou:** Dora Kostakopoulou, 'European Union Citizenship: Writing the Future', 13 *European Law Journal* (2007) 623.

LITERATUURLIJST

Kotzur: Markus Kotzur, 'Die Demokratiedebatte in der deutschen Verfassungsrechtsslehre', in: Hartmut Bauer, Peter M. Huber en Karl-Peter Sommermann (red.), *Demokratie in Europa* (Tübingen: Mohr Siebeck 2005) 351.

Koutrakos: Panos Koutrakos, *EU international relations law* (Oxford: Hart Publishing 2006).

Krabbe: H. Krabbe, *De moderne staatsidee* (Den Haag: Martinus Nijhoff 1915).

Kühling: Jürgen Kühling, 'Fundamental Rights', in: Armin von Bogdandy en Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law* (Oxford en München: Hart Publishing en Verlag CH Beck 2010) 479.

Kühn: Zdeněk Kühn, 'Wachauf and ERT: On the Road from the Centralised to the Decentralised System of Judicial Review', in: Miguel Poiares Maduro en Loïc Azoulai (red.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 151.

Kumm: Mattias Kumm, 'Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice', 36 *Common Market Law Review* (1999) 351.

Kumm: Mattias Kumm, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty', 11 *European Law Journal* (2005) 262.

Kumm: Mattias Kumm, 'Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics: Why Europe has a Constitution properly so called', 54 *American Journal of Comparative Law* (2006) 505.

L

Laband: Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. I (Tübingen: Laupp 1876).

Ladeur: Karl-Heinz Ladeur, '“We, the European People...” –Relâche?', 14 *European Law Journal* (2008) 147.

LITERATUURLIJST

- De Lange:** R. de Lange, 'Het Bundesverfassungsgericht over het Verdrag van Maastricht: Een nieuw Solange?', *SEW* (1994) 418.
- De Lange:** R. de Lange, 'De bijdrage van de rechter aan de ontwikkeling van de constitutie en de rechtsvormende taak van de rechter', in: Aernout Nieuwenhuis, Jan Herman Reestman en Carla Zoethout (red.), *Rechterlijk activisme: Opstellen aangeboden aan prof. Mr. J.A. Peters* (Nijmegen: Ars Aequi 2011) 147.
- Lansbergen en Miller:** Anja Lansbergen en Nina Miller, 'Case Note: European Citizenship Rights in Internal Situations: An Ambiguous Revolution? Decision of 8 March 2011, Case C-24/09 *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEM)*', 7 *European Constitutional Law Review* (2011) 287.
- Lenaerts en Corthaut:** Koen Lenaerts en Tim Corthaut, 'Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law', 31 *European Law Review* (2006) 287.
- Lenaerts en Gutiérrez-Fons:** Koen Lenaerts en José A. Gutiérrez-Fons, 'The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law', 47 *Common Market Law Review* (2010) 1629.
- Lindahl:** Hans Lindahl, 'Vorst, op God na: Politieke macht en de symbolisering van soevereiniteit', 26 *Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* (1997) 122.
- Lindahl:** Hans Lindahl, 'European Integration: Popular Sovereignty and a Politics of Boundaries', 6 *European Law Journal* (2000) 239.
- Lindahl:** Hans Lindahl, 'Sovereignty and Representation in the European Union', in: Neil Walker (red.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing 2003) 87.
- Lindahl:** Hans Lindahl, 'Acquiring a Community: The *Acquis* and the Institution of European Legal Order', 9 *European Law Journal* (2003) 433.
- Lindahl:** Hans Lindahl, 'The Paradox of Constituent Power: The Ambiguous Self Constitution of the European Union', 20 *Ratio Juris* (2007) 485.

Lindahl: Hans Lindahl, 'Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood', in: Martin Loughlin en Neil Walker, (red.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford: Oxford University Press 2007) 9.

Lindseth: Peter Lindseth, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation State* (Oxford en New York: Oxford University Press 2010).

Locke: John Locke, *Two Treatises of Government* [1699] (Cambridge: Cambridge University Press 1988).

López: Manuel López Escudero, 'Case C-154/08, *Commission v. Spain*, Judgment of the Court (Third Chamber) of 12 November 2009, not yet reported', 48 *Common Market Law Review* (2011) 227.

Loughlin: Martin Loughlin, *Sword and Scales: An Examination of the Relationship Between Law and Politics* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2000).

Loughlin: Martin Loughlin, 'Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice', in: Martin Loughlin en Neil Walker (red.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Reform* (Oxford: Oxford University Press 2007) 27.

Lyon: Ann Lyon, *Constitutional History of the United Kingdom* (Londen: Cavendish Publishing 2003).

M

MacCormick: Neil MacCormick, 'Beyond the Sovereign State', 56 *The Modern Law Review* (1993) 1.

MacCormick: Neil MacCormick, 'The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now', 1 *European Law Journal* (1995) 259.

MacCormick: Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth* (Oxford: Oxford University Press 2002).

Maduro: Miguel Poiares Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution* (Oxford: Hart Publishing 1997).

LITERATUURLIJST

Maduro: Miguel Poiares Maduro, 'The Heteronyms of European Law', 5 *European Law Journal* (1999) 160.

Maduro: Miguel Poiares Maduro, 'Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action', in: Neil Walker (red.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing 2003) 501.

Maduro: Miguel Poiares Maduro, 'The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights', in: Erik Oddvar Eriksen e.a. (red.), *The Chartering of Europe* (Baden-Baden: Nomos 2003) 201.

Maduro: Miguel Poiares Maduro, 'How Constitutional Can the European Union Be? The Tension Between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union', in: J.H.H. Weiler en Christopher L. Eisgruber, *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper 5/04.

Maduro: Miguel Poiares Maduro, 'The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism', 3 *International Journal of Constitutional Law* (2005) 332.

Maduro: Miguel Poiares Maduro, 'Sovereignty in Europe: The European Court of Justice and the Creation of a European Political Community', in: Mary L. Volcansek en John F. Stack, Jr. (red.), *Courts Crossing Borders: Blurring the Lines of Sovereignty* (Durham, North Carolina: Carolina Academic Press 2005) 43.

Maduro: Miguel Poiares Maduro, 'Interpreting European Law – Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism', Working Paper IE Law School, WPLS08-02.

Maduro: Miguel Poiares Maduro, 'Where To Look For Legitimacy?', in: Catherine Moury and Lou  s de Sousa (red.), *Institutional Challenges in Post Constitutional Europe. Governing Change* (London: Routledge 2009).

Maduro en Azoulai: Miguel Poiares Maduro en Lo  c Azoulai (red.), *The past and future of EU Law: The classics of EU law revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010).

- Malanczuk:** Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (Londen: Routledge 1997).
- Van Malleghem:** Pieter-Augustijn van Malleghem, 'Pringle: A Paradigm Shift in the European Union's Monetary Constitution', 14 *German Law Journal* (2013) 141.
- Mancini:** G. Federico Mancini, 'The Making of a Constitution for Europe', 24 *Common Market Law Review* (1989) 595.
- Mancini:** G. Federico Mancini, 'Europe: The Case for Statehood', 4 *European Law Journal* (1998) 29.
- Mancini en Keeling:** G. Federico Mancini en David T. Keeling, 'From *CILFIT* to *ERT*: The Constitutional Challenge Facing the European Court', 11 *Yearbook of European Law* (1991) 1.
- Manners:** Ian Manners, 'Normative Power Europe Reconsidered: Beyond the Crossroads', 13 *European Journal of Public Policy* (2006) 182.
- De la Mare en Donnelly:** Thomas de la Mare en Catherine Donnelly, 'Preliminary Rulings and EU Legal Integration: Evolution and Stasis', in: Paul Craig en Gráinne de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law* (Oxford: Oxford University Press 2011) 363.
- Martinico:** Giuseppe Martinico, 'Preliminary Reference and Constitutional Courts: Are You in the Mood for Dialogue?', TICOM Working Paper No. 2009/10.
- Maurer:** Hartmut Maurer, 'Entstehung und Grundlagen der Reichsverfassung von 1871', in: Joachim Burmeister en Michael Nierhaus (red.), *Verfassungsstaatlichkeit Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag* (München: Beck 1997) 29.
- Mayer:** Franz C. Mayer, 'Multilevel Constitutional Jurisdiction', in: Armin von Bogdandy en Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law* (Oxford en München: Hart Publishing en Verlag CH Beck 2010) 400.
- Mayer:** Franz C. Mayer, 'Rashomon in Karlsruhe – A Reflection on Democracy and Identity in the European Union', Jean Monnet Working Paper 5/10.

LITERATUURLIJST

- Mehdi:** Rostane Mehdi, 'French Supreme Courts and European Union Law: Between Historical Compromise and Accepted Loyalty', 48 *Common Market Law Review* (2011) 439.
- Van der Mei:** Anne Pieter van der Mei, 'Case C-512/08, *Commission v. France*, Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 5 October 2010, nyr, and Case C-173/09, *Georgi Ivanov Elchinov v. Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*, Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 5 October 2010, nyr', 48 *Common Market Law Review* (2011) 1297.
- Meij:** Arjen W.H. Meij, 'Circles of Coherence: On Unity of Case-Law in the Context of Globalisation', 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 84.
- Meij:** Arjen Meij, 'Zoeken naar hiërarchie: is rechtseenheid passé?', 61 *Ars Aequi* (2012) 584.
- Mendes:** Joana Mendes, 'Participation and the role of law after Lisbon: a legal view on Article 11 TEU', 48 *Common Market Law Review* (2011) 1849.
- Menéndez:** Augustín José Menéndez, 'European Citizenship after *Martínez Sala* and *Baumbast*: Has European Law Become More Human but Less Social?', in: Miguel Poiares Maduro en Loïc Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 363.
- Merriam:** C.E. Merriam, Jr., *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau* (New York: Colombia University Press 1900).
- Van Middelaar:** Luuk van Middelaar, *De passage naar Europa: Geschiedenis van een begin* (Groningen: Historische Uitgeverij 2009).
- Miller:** F. Thornton Miller, 'John Marshall versus Spencer Roane: A Reevaluation of *Martin v Hunter's Lessee*', 96 *Virginia Magazine of History and Biography* (1988) 297.
- Modderman:** C.B. Modderman, 'Tavernes voorstel van rijkswet', 3 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2013) 234.

LITERATUURLIJST

Möllers: Christoph Möllers, 'Pouvoir Constituant – Constitution – Constitution-alisation', in: Armin von Bogdandy en Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law* (Oxford en München: Hart Publishing en Verlag CH Beck 2010) 169.

Moravcsik: Andrew Moravcsik, 'Europe without illusions. A Category Error', *Prospect* 23 juli 2005.

Mortelmans en Sevenster: K.J.M. Mortelmans en H.G. Sevenster, 'Het burgerschap van de Unie: het spoor terug', in: A. van den Brink e.a. (red.), *Beginnen bouwen burgerschap* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011).

Müller: Jan-Werner Müller, 'A European Constitutional Patriotism? The Case Restated', 14 *European Law Journal* (2008) 542.

Murswiek: Dietrich Murswiek, *Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Berlijn: Duncker & Humblot 1978).

N

Neframi: Eleftheria Neframi, 'The Duty of Loyalty: Rethinking its Scope through its Application in the Field of EU External Relations', 47 *Common Market Law Review* (2010) 323.

Nehmelman: Remco Nehmelman, 'Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden', in: H. Battjes en B.P. Vermeulen (red.), *Constitutionele klassiekers* (Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007) 125.

Nergelius: J. Nergelius, *The Constitutional Dilemma of the European Union* (Groningen: Europa Law Publishing 2009).

Nettesheim: Martin Nettesheim, 'EU-Recht und nationales Verfassungsrecht', in: Jürgen Schwarze en Peter-Christian Müller-Graff (red.), *XX. FIDE-Kongress. Die Deutschen Landesberichte* (Baden-Baden: Nomos 2004).

Nic Shuibhne: Niamh Nic Shuibhne, '(Some of) The Kids Are All Right: Comment on McCarthy and Derici', 49 *Common Market Law Review* (2012) 349.

LITERATUURLIJST

- Nicolaïdis:** Kalypso Nicolaïdis, 'We, the Peoples of Europe...', 83 *Foreign Affairs* (2004) 97.
- Nifterik:** G.P. van Nifterik, 'Van Hogendorp en de ministeriële verantwoordelijkheid: Tevens een kritische beschouwing van een hoofdstuk uit het proefschrift van Van Velzen', *RM Themis* (2007) 155.
- Norwich:** John Julius Norwich, *The Middle Sea: A History of the Mediterranean* (Londen: Vintage 2007).
- O**
- Oeter:** Stefan Oeter, 'Souveränität und Demokratie als Probleme in der "Verfassungsentwicklung" der Europäischen Union: Fragen aus Verfassungstheorie und Verfassungsgeschichte an die deutsche Debatte um Souveränität, Demokratie und die Verteilung politischer Verantwortung im geeinten Europa', 55 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1995) 659
- Oeter:** Stefan Oeter, 'Souveränität – ein überholtes Konzept?', in: Hans-Joachim Cremer e.a. (red.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger* (Berlijn: Springer 2002) 259.
- Oeter:** Stefan Oeter, 'Federalism and Democracy', in: Armin von Bogdandy en Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law* (Oxford en München: Hart Publishing en Verlag CH Beck 2010) 55.
- Van Ooik:** R.H. van Ooik, 'Het Verdrag van Lissabon: structuur en overzicht', *SEW* (2008) 38.
- O' Leary:** Síofra O'Leary, *The Evolving Concept of Community: Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship* (Den Haag: Kluwer Law International 1996).
- Oud:** P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Deel I (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1947).
- Oud:** P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Deel II (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954).

P

- Pauwelyn:** Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2003).
- Payandeh:** Mehrdad Payandeh, 'Constitutional Review of EU Law After Honeywell: Contextualizing the Relationship Between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice', 48 *Common Market Law Review* (2011) 9.
- Pech:** Laurent Pech, 'A Union Founded on the Rule of Law', 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 362.
- Peers:** Steve Peers, 'The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?', 8 *European Constitutional Law Review* (2012) 404.
- Pegg:** Carl H. Pegg, *Evolution of the European Idea, 1914-1932* (Chapel Hill en Londen: The University of North Carolina Press 1983).
- Pernice:** Ingolf Pernice, 'Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?', 36 *Common Market Law Review* (1999) 703.
- Pernice:** Ingolf Pernice, 'Multilevel constitutionalism in the European Union', 27 *European Law Review* (2002) 511.
- Pernice:** Ingolf Pernice, 'Zur Finalität Europas', in: Gunnar Folke Schuppert, Ingolf Pernice en Ulrich Haltern (red.), *Europawissenschaften* (Baden-Baden: Nomos 2005).
- Pernice:** Ingolf Pernice, 'The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action', 5 *The Columbia Journal of European Law* (2009) 27.
- Pernice:** Ingolf Pernice, '*Costa v ENEL* and *Simmmenthal*: Primacy of European Law', in: Miguel Poiares Maduro en Loïc Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 47.
- Pernice:** Ingolf Pernice, 'Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union', 136 *Archiv des öffentlichen Recht* (2011) 136.

LITERATUURLIJST

- Pernice en Tanchev:** Ingolf Pernice en Evgeni Tanchev (red.), *Ceci n'est pas une Constitution - Constitutionalisation without a Constitution?* (Baden-Baden: Nomos 2009).
- Pernice, Mayer en Wernicke:** Ingolf Pernice, Franz C. Mayer en Stephan Wernicke, 'Renewing the European Social Contract: The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism', WHI Paper 11/01.
- Pescatore:** Pierre Pescatore, 'The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of Community Law', 8 *European Law Review* (1983) 155.
- Pescatore:** Pierre Pescatore, 'Van Gend en Loos, 3 February 1963 – A View from Within', in: Miguel Poiares Maduro en Loïc Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 3.
- Peters:** Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas* (Berlijn: Duncker & Humblot 2001).
- Peters:** Anne Peters, 'Humanity as the A and Ω of sovereignty', 20 *European Journal of International Law* (2009) 513.
- Peters:** Anne Peters, 'Rechtsordnung und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse', 65 *Zeitschrift für öffentliches Recht* (2010) 3.
- Peters:** Rik Peters, 'History Decides? Lessons from the Constitutional Debates in the Frankfurt Parliament of 1848', in: Fabian Amtenbrink en Peter A.J. van den Berg (red.), *The Constitutional Integrity of the European Union* (Den Haag: T.M.C. Asser Press 2010) 56.
- Petersmann:** Ernst-Ulrich Petersmann, 'How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society?', 20 *Michigan Journal of International Law* (1998) 1.
- Petit:** Isabelle Petit, 'Dispelling a Myth? The Fathers of Europe and the Construction of a Euro-Identity', 12 *European Law Journal* (2006) 661.
- Pettit:** Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford: Oxford University Press 1997).

LITERATUURLIJST

- Pfersmann:** Otto Pfersmann, 'Concrete Review as Indirect Constitutional Complaint in French Constitutional Law: A Comparative Perspective', 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 223.
- Piris:** Jean-Claude Piris, 'Does the European Union have a Constitution? Does it need one?', 24 *European Law Review* (1999) 557.
- Plötner:** Jens Plötner, 'Report on France', in: Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet en J.H.H. Weiler (red.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context* (Oxford: Hart Publishing 1998) 41.
- Popelier:** P. Popelier, 'Het Koninkrijk België', in: L.F.M. Besselink (red.), *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie* (Deventer: Kluwer 2012) 1.
- Prakke:** L. Prakke, *Pluralisme en Staatsrecht*, Oratie Amsterdam UvA (Deventer: Kluwer 1974).
- Prakke:** L. Prakke, 'Swamping the Lords, Packing the Court, Sacking the King. Three Constitutional Crises', 2 *European Constitutional Law Review* (2006) 116.
- Prakke:** L. Prakke, 'On the Rise and Decline of the Monarchical Principle: Constitutional Vicissitudes in Spain and Germany', 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 268.
- Prechal:** Sacha Prechal, 'Does Direct Effect still Matter?', 37 *Common Market Law Review* (2000) 1047.
- Prechal:** Sacha Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie* (Groningen: Europa Law Publishing 2006).
- Prechal:** Sacha Prechal, 'National Courts in EU Judicial Structures', 25 *Yearbook of European Law* (2006) 429.
- Preuß:** Ulrich K. Preuß, 'Problems of a Concept of European Citizenship', 3 *European Law Journal* (1995) 267.
- Prinssen en Schrauwen:** J.M. Prinssen en A. Schrauwen (red.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine* (Groningen: Europa Law Publishing 2002).

LITERATUURLIJST

Q

Quaritsch: Helmut Quaritsch, *Staat und Souveränität*, Vol. I (Frankfurt: Athenäum Verlag 1970).

Quaritsch: Helmut Quaritsch, *Souveränität: Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jahrhundert bis 1806* (Berlin: Dunker & Humblot 1986).

R

Raedts: Peter Raedts, *De ontdekking van de Middeleeuwen: Geschiedenis van een illusie* (Amsterdam: Wereldbibliotheek 2011).

Rasmussen: Hjalte Rasmussen, *On law and policy in the European Court of Justice: a comparative study in judicial policymaking* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1986).

Rasmussen: Morten Rasmussen, 'The Origin of a Legal Revolution – The Early History of the European Court of Justice', 14 *Journal of European Integration History* (2008) 77.

Rasmussen: Morten Rasmussen, 'From *Costa v ENEL* to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution', in: Miguel Poiares Maduro en Loïc Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 69.

Raz: J. Raz, 'On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries', in: L. Alexander (red.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge: Cambridge University Press 1998) 152.

De Reede en Reestman: J.L. de Reede en Jan-Herman Reestman (red.), *Op het snijvlak van recht en politiek: Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. L. Prakke* (Deventer: Kluwer 2003).

Reestman: Jan-Herman Reestman, 'De Conseil Constitutionnel, Europa en de Franse soevereiniteit', 18 *Theoretische Geschiedenis* (1991) 447.

LITERATUURLIJST

- Reestman:** J.H. Reestman, *Constitutionele toetsing in Frankrijk: De Conseil constitutionnel en de grondwettigheid van wetten en verdragen*, diss. Universiteit van Amsterdam (Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996).
- Reestman:** Jan-Herman Reestman, 'The Franco-German Divide: Reflections on National and Constitutional Identity', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 374.
- Reestman:** Jan-Herman Reestman, 'Het ESM- en het Stabiliteitsverdrag voor de constitutionele rechters in Estland, Frankrijk en Duitsland', *SEW* (2013) 103.
- Reestman:** Jan-Herman Reestman, 'Constitutioneel minimalisme: het Stabiliteitsverdrag in de Nederlandse rechtsorde', 4 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2013) 6.
- Reestman:** Jan-Herman Reestman, 'De ondoorgrondelijke systematiek van het wetsvoorstel HOF', *NJB* (2013) 241.
- Reestman en Besselink:** Jan-Herman Reestman en Leonard Besselink, 'Editorial: Constitutional identity and the European Courts', 3 *European Constitutional Law Review* (2007) 177.
- Reestman en Besselink:** Jan-Herman Reestman en Leonard Besselink, 'Editorial: On the *Lissabon Urteil*: Democracy and a Democratic Paradox', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 345.
- Reestman en Besselink:** Jan-Herman Reestman en Leonard Besselink, 'Editorial: After Åkerberg Fransson and Melloni', 9 *European Constitutional Law Review* (2013) 169.
- Reh:** Christine Reh, 'The Lisbon Treaty: De-Constitutionalizing the European Union?', 47 *Journal of Common Market Studies* (2009) 625.
- Richmond:** Catherine Richmond, 'Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law', 16 *Law and Philosophy* (1997) 377.
- Van Rijn en Rogier:** Arjen Van Rijn en Lodewijk Rogier, 'Constitutionele crisis in Curaçao', *NJB* (2012) 2548.

LITERATUURLIJST

- Rood:** J.Q.Th. Rood, 'De EU na het Verdrag van Lissabon: naar een nieuw politiek en institutioneel evenwicht?', *SEW* (2008) 132.
- Rosenfeld:** Michel Rosenfeld, 'The European Convention and Constitution Making in Philadelphia', 1 *International Journal of Constitutional Law* (2003) 373.
- Rossa Phelan:** Diarmuid Rossa Phelan, *Revolt or Revolution. The Constitutional Boundaries of the European Community* (Dublin: Round Hall Sweet & Maxwell 1997).
- Van Rossem:** Jan Willem van Rossem, 'Patrolling the Borders of the EU Legal Order: Constitutional Repercussions of the *Kadi* Judgment', 5 *Croatian Yearbook of Law and Policy* (2009) 93.
- Van Rossem:** Jan Willem van Rossem, 'Het F-woord', *NJB* (2009) 2688.
- Van Rossem:** Jan Willem van Rossem, 'The EU at Crossroads: A Constitutional Inquiry into the way International Law is received within the EU Legal Order', in: Enzo Cannizzaro, Paolo Palchetti en Ramses A. Wessel (red.), *International Law as Law of the European Union* (Leiden en Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2011) 59.
- Van Rossem:** Jan Willem van Rossem, 'Constitutionele crisis op Curaçao', *NJB* (2012) 2545.
- Van Rossem:** Jan Willem van Rossem, 'Pleidooi voor een materiële soevereiniteitsopvatting', 4 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2013) 49.
- Van Rossem:** Jan Willem van Rossem, 'The Autonomy of EU Law: More is Less?' in: R. A. Wessel en S. Blockmans (red.), *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organizations* (Den Haag: T.M.C. Asser Press 2013) 13.
- Van Rossem:** Jan Willem van Rossem, 'Annotatie bij HvJ C-286/12, Commissie v Hongarije', 14 *European Human Rights Cases* (2013/49).
- Rousseau:** Jean Jacques Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag* (Amsterdam: Uitgeverij Boom 2005), (*Du contrat social ou principes du droit politique* 1762, vertaald door Sander Van Den Braak en G. van Roermund).

LITERATUURLIJST

Rudden: Bernard Rudden, *Basic Community Cases* (Oxford: Clarendon Press 1987).

Rutges: L.T.A. Rutges, 'Regeringsvormen', in: Thom Holterman e.a. (red.), *Algemene begrippen staatsrecht* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985) 129.

S

Sadurski: Wojciech Sadurski, 'Solange, chapter 3': Constitutional Courts in Central Europe Democracy European Union', 14 *European Law Journal* (2008) 1.

Sap: J.W. Sap, *Wegbereiders der revolutie. Calvinisme en de strijd om de democratische rechtsstaat* (Groningen: Wolters-Noordhoff 1993).

Sap: J.W. Sap, 'Vertegenwoordiging van het volk als soevereiniteitspretentie: Een pleidooi voor dialogisch staatsrecht', in: J.W.M. Engels en M. Nap (red.), *De ontwikkeling en toekomst van de vertegenwoordigende democratie* (Deventer: Kluwer 2004) 105.

Sabine en Thorson: George H. Sabine en Thomas L. Thorson, *A History of Political Theory* (Hinsdale: Dryden Press 1973).

Sarmiento: Daniel Sarmiento, 'The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence', 6 *International Journal of Constitutional Law* (2008) 171.

Sarmiento: Daniel Sarmiento, 'CILFIT and Foto-Frost: Constructing and Deconstructing Judicial Authority in Europe', in: Miguel Poiates Maduro en Loïc Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 192.

Sarmiento: Daniel Sarmiento, 'The Silent Lamb and the Deaf Wolves', in: Matej Avbelj en Jan Komárek (red.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* (Oxford: Hart Publishing 2012) 285.

Scalia: Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal courts and the law* (Princeton: Princeton University Press 1998).

LITERATUURLIJST

- Schama:** Simon Schama, *Citizens. A Chronicle of the French Revolution* (Londen: Penguin Books Limited 2004).
- Schermers en Blokker:** Henry G. Schermers en Niels M. Blokker, *International Institutional Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2011) .
- Schiemann:** Konrad Schiemann, 'Europe and the Loss of Sovereignty', 56 *International and Comparative Law Quarterly* (2007) 475.
- Schilling:** Theodor Schilling, 'The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations', 37 *Harvard International Law Journal* (1996) 389.
- Schilling:** Theodor Schilling, 'The Court of Justice's revolution: its effects and the conditions for its consummation: What Europe can learn from Fiji', 27 *European Law Review* (2002) 445.
- Schilling:** Theodor Schilling, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Some Supplementations to Matthias Kumm', 12 *European Law Journal* (2006) 173.
- Schliesky:** Utz Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt* (Tübingen: Mohr Siebeck 2004).
- Schmitt:** Carl Schmitt, *Verfassungslehre* [1928] (Berlijn: Duncker & Humblot 1993).
- Schmitt:** Carl Schmitt, 'Die Verfassung der Freiheit', 40 *Deutsche Juristen-Zeitung* (1935) 1133.
- Schmitt:** Carl Schmitt, 'Die Deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist', 41 *Deutsche Juristen-Zeitung* (1936).
- Schmitt:** Carl Schmitt, *Die Diktatur* (Berlijn: Duncker & Humblot 1964).
- Schmitt:** Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (Cambridge en Londen: MIT Press 1985), (*Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* 1923, vertaald door Ellen Kennedy).

LITERATUURLIJST

- Schmitt:** Carl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre* (Berlijn: Duncker & Humblot 1985).
- Schmitt:** Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (Amsterdam: Uitgeverij Boom 2001), (*Der Begriff des Politischen* 1927, vertaald door George Kwaad en Bert Kerkhof).
- Schmitt:** Carl Schmitt, 'The Liberal Rule of Law', in Arthur J. Jacobson en Bernhard Schlink (red.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (Londen: University of California Press, 2002).
- Schmitt:** Carl Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* [1922] (Berlijn: Dunker & Humblot 2004).
- Schneider:** Karsten Schneider, 'Yes, But...One More Thing: Karlsruhe's Ruling on the European Stability Mechanism', 14 *German Law Journal* (2013) 53.
- Schönberger:** Christoph Schönberger, 'Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille: Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende', in: Stanley L. Paulson en Martin Schulte, *Georg Jellinek: Beiträge zu Leben und Werk. Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts* (Tübingen: Mohr Siebeck 2000) 3.
- Schönberger:** Christoph Schönberger, 'Die Europäische Union als Bund: Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas', 129 *Archiv des öffentlichen Rechts* (2004) 81.
- Schönberger:** 'Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones at Sea', 10 *German Law Journal* (2009) 1201.
- Schrauwen:** A.A.M. Schrauwen, 'Naar een waarlijk 'fundamentele status'? Democratie en Europees Burgerschap na het Verdrag van Lissabon', *SEW* (2008) 288.
- Schutte:** C.B. Schutte, 'De stille kracht van de Nederlandse Grondwet. Beschouwingen rond het verbod aan de rechter om verdragen aan de Grondwet te toetsen', 164 *RM Themis* (2003) 26.

LITERATUURLIJST

- Schütze:** Robert Schütze, 'Supremacy without Pre-emption? The very slowly emergent Doctrine of Community Pre-emption', 43 *Common Market Law Review* (2006) 1023.
- Schütze:** Robert Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Nature of European Law* (Oxford: Oxford University Press 2009).
- Schütze:** Robert Schütze, 'From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (New) European Union', 47 *Common Market Law Review* (2010) 1385.
- Schütze:** Robert Schütze, 'Federalism and Foreign Affairs: Mixity as a (Inter)national Phenomenon', in: Christophe Hillion en Panos Koutrakos (red.), *Mixed Agreements Revisited* (Oxford: Hart Publishing 2010) 57.
- Schütze:** Robert Schütze, *European Constitutional Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2012).
- Scicluna:** Nicole Scicluna, 'EU Constitutionalism in Flux: Is the Eurozone Crisis Precipitating Centralization or Diffusion?', 18 *European Law Journal* (2012) 489.
- Senden en Van den Brink:** Linda Senden en Ton van den Brink, 'De Europese Unie en nationale soevereiniteit – wel degelijk verenigbare grootheden', 62 *Ars Aequi* (2013).
- Sewandono:** I. Sewandono, 'Grondwettelijke bezwaren tegen Maastricht zijn-vergezocht', *NJB* (1992) 863.
- Sewell:** William H. Sewell, Jr., *A Rhetoric of Bourgeois Revolution: The Abbé Sieyes and What Is the Third Estate?* (Durham en Londen: Duke University Press 1994).
- Shaw:** Jo Shaw, 'Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism', in: Paul Craig en Gráinne de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law* (Oxford: Oxford University Press 2011) 575.
- Sillen:** J.J.J. Sillen, 'Verdragen die afwijken van de Grondwet en beperking van soevereiniteit: Een nieuwe benadering', *RegelMaat* (2005) 129.
- Sillen:** J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving*, diss. Radboud Universiteit Nijmegen (Deventer: Kluwer 2010).

LITERATUURLIJST

- Simma en Pulkowski:** Bruno Simma en Dirk Pulkowski, 'Of Planets and the Universe: Self contained Regimes in International Law', 17 *European Journal of International Law* (2006) 529.
- Slaughter, Stone Sweet en Weiler:** Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet en J.H.H. Weiler (red.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context* (Oxford: Hart Publishing 1998).
- Slijkerman:** Diederick Slijkerman, *Het geheim van de ministeriële verantwoordelijkheid: De verhouding tussen koning, kabinet, Kamer en kiezer, 1848-1905*, diss. Universiteit Leiden (Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2011).
- Slijkerman:** Diederick Slijkerman, *Wonderjaren: Gijsbert Karel van Hogendorp: Wegbereider van Nederland* (Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2013).
- Slijkerman:** Diederick Slijkerman, 'Vader van Nederland: Gijsbert Karel van Hogendorp (1762-1834)', 177 *De Gids* (2014) 6.
- Snyder:** Francis Snyder, 'The unfinished constitution of the European Union: principles, processes and culture', in: J.H.H. Weiler en Marlene Wind (red.), *European Constitutionalism Beyond the State* (Cambridge: Cambridge University Press 2003) 60.
- Spaventa:** Eleanor Spaventa, 'Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects', 45 *Common Market Law Review* (2008) 13.
- Spaventa:** Eleanor Spaventa, 'Federalisation Versus Centralisation: Tensions in Fundamental Rights Discourse in the EU', in: Michael Dougan en Samantha Currie (red.), *50 Years of the European Treaties* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2009) 349.
- Stein:** E. Stein, 'Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution', 75 *American Journal of International Law* (1981) 1.
- Stone Sweet:** A. Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe* (Oxford: Oxford University Press 2004).

LITERATUURLIJST

Stern. Klaus Stern. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I (München: Beck 1984).

T

Tanasescu: Elena Simina Tanasescu, 'Between a Treaty with Constitutional Authority and the Authority of a Constitution', VII Congres IACL, Athene 2007.

Van der Tang: G.F.M van der Tang, 'Soevereiniteit' in: Thom Holterman e.a. (red.), *Algemene begrippen staatsrecht* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985) 87.

Van der Tang: G.F.M. van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee* (Deventer: Kluwer 1998).

Taylor: Charles Taylor, *Een Seculiere Tijd* (Rotterdam: Lemniscaat 2010).

Temple Lang: J. Temple Lang, 'Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty', 25 *Common Market Law Review* (1998) 595.

Terhechte: Jörg Philipp Terhechte, 'Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?', 2 *Zeitschrift Europarecht* (2008) 143.

Teschke: Benno Teschke, *The Myth of 1648: Class, Geopolitics, and the Making of Modern International Relations* (Londen: Verso 2003).

Thym: Daniel Thym, 'In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon judgment of the German Constitutional Court', 46 *Common Market Law Review* (2009) 1795.

Timmermans: Christiaan Timmermans, 'Martínez Sala and Baumbast revisited', in: Miguel Poiares Maduro en Loïc Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 345.

Tizzano: Antonio Tizzano, 'The Role of the ECJ in the Protection of Fundamental Rights', in: Anthony Arnall, Piet Eeckhout en Takis Tridimas (red.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs* (Oxford; Oxford University Press 2008) 125.

LITERATUURLIJST

Trimidas: T. Tridimas, 'The Court of Justice and Judicial Activism', 22 *European Law Review* (1997) 199.

De Tocqueville: Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (Chicago: University of Chicago Press 2000), (*De la démocratie en Amérique*, 1835, vertaald door: Harvey Mansfield en Delba Winthrop).

Tomkin: Jonathan Tomkin, 'Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics: The Impact of the Adoption of the ESM Treaty on the State of European Democracy', 14 *German Law Journal* (2013) 169.

Tomuschat: Christian Tomuschat, 'Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts', 20 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (1993) 489.

Tomuschat: Christian Tomuschat, 'Lisbon – Terminal of the European Integration Process? The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009', 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010) 251.

Torres Pérez: Aida Torres Pérez, 'The Dual System of Rights Protection in the European Union in Light of US Federalism', in: Elke Cloots, Geert de Baere en Stefan Sottiaux (red.), *Federalism in the European Union* (Oxford: Hart Publishing 2012) 116.

Tuori: Kaarlo Heikki Tuori, 'The European Financial Crisis: Constitutional Aspects and Implications', EUI Working Papers Law 2012-28.

U

Ullmann: Walter Ullmann, *The Individual and Society in the Middle Ages* (Baltimore: The John Hopkins Press 1966).

Uerpmann-Witzack: Robert Uerpmann-Witzack, 'The Constitutional Role of International Law', in: in: Armin von Bogdandy en Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law* (Oxford en München: Hart Publishing en Verlag CH Beck 2010) 131.

LITERATUURLIJST

V

Veil: Winfried Veil, *Volkssouveränität und Völkersouveränität in der EU* (Baden-Baden: Nomos 2007).

Vanhamme: Jan Vanhamme, *Volkenrechtelijke beginselen in het Europees recht* (Groningen: Europa Law Publishing 2001).

Vauchez: Antoine Vauchez, 'The transnational politics of judicialization. Van Gend en Loos and the making of EU polity', 16 *European Law Journal* (2010) 6.

Verhoeven: Amaryllis Verhoeven, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory* (Den Haag: Kluwer International Law 2002).

Verhoeven: Maartje Verhoeven, *The Costanzo Obligation: The obligations of national administrative authorities in the case of incompatibility between national law and European law*, diss. Universiteit Utrecht (Antwerpen: Intersentia 2011).

Vermeulen, Krijnen en Roos: B.P. Vermeulen, A.P. Krijnen en D.A. Roos (red.), *De Koning in het Nederlandse staatsrecht* (Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005).

Vile: M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Indianapolis: Liberty Fund 1998).

Voßkuhle: Andreas Voßkuhle 'Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund', 6 *European Constitutional Law Review* (2010) 175.

De Vries: Sybe de Vries, 'Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice', 9 *Utrecht Law Review* (2013) 169.

W

De Waele: H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009).

LITERATUURLIJST

- De Waele:** H.C.F.J.A. de Waele, 'Karlsruhe über Alles: Europese integratie, constitutionele toetsing en democratie volgens het Duitse Bundesverfassungsgericht?', *RMThemis* (2010) 3.
- De Waele:** H.C.F.J.A. de Waele, 'The Role of the European Court of Justice in the Integration Process: A Contemporary and Normative Assessment', 6 *Hanse Law Review* (2010) 3.
- Wahl:** Rainer Wahl, 'Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866', in: J. Isensee en P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band I. (Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2003) 45.
- Walker:** Neil Walker, 'Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union', in: Zenon Bánkowski en Andrew Scott (red.), *The European Union and its Order: The Legal Theory of European Integration* (Oxford: Blackwell Publishers 2000) 31.
- Walker:** Neil Walker, 'The Idea of Constitutional Pluralism', 65 *Modern Law Review* (2002) 317 .
- Walker:** Neil Walker, 'Late Sovereignty in the European Union', in: Neil Walker (red.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing 2003) 3.
- Walker:** Neil Walker, 'A Constitutional Reckoning', 13 *Constellations* (2006) 140.
- Walker:** Neil Walker, 'Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ', in: Miguel Poiares Maduro en Loïc Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 333.
- Walker Howe:** Daniel Walker Howe, *What Hath God Wrought: The Transformation of America, 1815-1848* (Oxford: Oxford University Press 2007).
- Ward:** Ian Ward, 'Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination', 7 *European Law Journal* (2001) 24.
- Warmelink:** H.G. Warmelink, 'Over afwijken en afwijkingen van de Grondwet', 4 *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2013) 44.

LITERATUURLIJST

- Wattel:** Peter J. Wattel, 'Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this', 41 *Common Market Law Review* (2004) 177.
- Weatherill:** S. Weatherill, *Law and Integration in the European Union* (Oxford: Oxford University Press 1995).
- Weatherill:** Stephen Weatherill, 'Is constitutional finality feasible or desirable? On the cases for European constitutionalism and a European Constitution', *Constitutionalism Web-Papers (ConWEB)*, nr. 7/2002.
- Wedgwood:** C.V. Wedgwood, *The Thirty Years War* [1938] (New York: NYRB Classics 2005).
- Weiler:** 'The Community System: the Dual Character of Supranationality', 1 *Yearbook of European Law* (1981) 267.
- Weiler:** J.H.H. Weiler, 'The Transformation of Europe', 100 *Yale Law Journal* (1991) 2403.
- Weiler:** J.H.H. Weiler, 'Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision', 1 *European Law Journal* (1995) 219.
- Weiler:** J.H.H. Weiler, 'European Neo-constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order', 44 *Political Studies* (1996) 517.
- Weiler:** J.H.H. Weiler, 'Citizenship and Human Rights', in: J.A. Winter e.a. (red.), *Reforming the Treaty on European Union* (Den Haag: Kluwer Law International 1996) 565.
- Weiler:** J.H.H. Weiler, 'Epilogue – The European Courts of Justice: Beyond 'Beyond Doctrine' or the Legitimacy Crisis of European Constitutionalism', in: Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet en J.H.H. Weiler (red.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context* (Oxford: Hart Publishing 1998) 368.
- Weiler:** J.H.H. Weiler, 'To be a European citizen: Eros and civilization', in: J.H.H. Weiler (red.), *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes have an Emperor?' and other essays on European Integration* (Cambridge: Cambridge University Press 1999) 324.

- Weiler:** J.H.H. Weiler, 'The external legal relations of non-unitary actors: mixity and the federal principle', in: J.H.H. Weiler (red.), *The Constitution of Europe. 'Do the New Clothes have an Emperor?' and other essays on European Integration* (Cambridge: Cambridge University Press 1999) 130.
- Weiler:** J.H.H. Weiler, 'Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the European legal space', in: J.H.H. Weiler (red.), *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes have an Emperor?' and other essays on European Integration* (Cambridge: Cambridge University Press 1999) 102.
- Weiler:** J.H.H. Weiler, 'Epilogue: The Judicial Après Nice', in: Gráinne de Búrca en J.H.H. Weiler (red.), *The European Court of Justice* (Oxford: Oxford University Press 2001) 225.
- Weiler:** J.H.H. Weiler, 'In defence of the status quo: Europe's constitutional *Sonderweg*', in: J.H.H. Weiler en Marlene Wind (red.), *European Constitutionalism Beyond the State* (Cambridge: Cambridge University Press 2003) 7.
- Weiler:** J.H.H. Weiler, 'Editorial: Marking the Anniversary of the Universal Declaration: The Irish No and the Lisbon Treaty', 19 *European Journal of International Law* (2008) 647.
- Weiler en Haltern:** Weiler en Haltern, 'The Autonomy of the Community Legal Order. Through the Looking Glass', 37 *Harvard International Law Journal* (1996) 443.
- Weiler en Wind:** Joseph H. H. Weiler en Marlene Wind (red.), *European Constitutionalism Beyond the State* (Cambridge: Cambridge University Press 2003).
- Wendel:** Mattias Wendel, 'Lisbon before the Courts: Comparative Perspectives', 7 *European Constitutional Law Review* (2011) 96.
- Wendel:** Mattias Wendel, 'Judicial Restraint and the Return to Openess: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012', 14 *German Law Journal* (2013) 21.

LITERATUURLIJST

- Werner:** Wouter G. Werner, 'State Sovereignty and International Legal Discourse', in: Ige F. Dekker en Wouter G. Werner (red.), *Governance and International Legal Theory* (Leiden: Martinus Nijhoff 2004) 125.
- Werner en De Wilde:** W.G. Werner en J.H. de Wilde, 'The Endurance of Sovereignty', 7 *European Journal of International Relations* (2001) 283.
- Werner en Wessel:** Wouter G. Werner en Ramses A. Wessel, *Internationaal en Europees Recht: Een verkenning van grondslagen en kenmerken* (Groningen: Europa Law Publishing 2005).
- Wessel:** Ramses Wessel. 'Internationaal recht in ontwikkeling', in: Nathalie Horbach, René Lefebvre en Olivier Ribbelink (red.), *Handboek internationaal recht* (Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007) 1.
- Wessel:** Ramses A. Wessel, 'The multilevel constitution of European foreign relations', in: N. Tsagourias (red.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press 2007) 176.
- De Wet:** Erika de Wet, 'The Role of European Courts in the Development of a Hierarchy of Norms within International Law: Evidence of Constitutionalisation?', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 284.
- Wesseling:** H.L. Wesseling, *De man die nee zei. Charles de Gaulle. 1890-1970* (Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2012).
- Wieland:** Joachim Wieland, 'Germany in the European Union – The Maastricht Decision of the Bundesverfassungsgericht', 5 *European Journal of International Law* (1994) 259.
- Wildhaber:** L. Wildhaber, 'Sovereignty and International Law', in: R.St.J Macdonald en D.M. Johnston (red.), *The Structure and Process of International Law. Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff: Den Haag 1983) 425.
- Williams:** Andrew T. Williams, 'Taking Values Seriously: Towards a Philosophy of EU Law', 29 *Oxford Journal of Legal Studies* (2009) 549.

LITERATUURLIJST

- Wilson:** Charles Wilson, *The Transformation of Europe. 1558-1648* (Berkeley en Los Angeles: University of California Press 1976).
- De Wit:** Joke de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast: Een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden 'vinden geen toepassing' in artikel 94 van de Grondwet*, diss. Erasmus Universiteit Rotterdam (Boom Juridische uitgevers 2012).
- De Witte:** Bruno de Witte, 'Retour à Costa: La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international', *Revue Trimestrielle de Droit Européen* (1984) 425.
- De Witte:** Bruno de Witte, 'Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition', in: Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet en J.H.H. Weiler (red.), *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence* (Oxford: Hart Press 1998) 277.
- De Witte:** 'Internationale verdragen tussen de lidstaten van de Europese Unie', in: Ramses A. Wessel en Bruno de Witte (red.), *De plaats van de Europese Unie in het veranderde bestel van de volkenrechtelijke organisatie* (Den Haag: T.M.C. Asser Press 2001) 83.
- De Witte:** Bruno de Witte, 'Chameleonic Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements', in: Bruno de Witte, Dominik Hanf en Ellen Vos (red.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law* (Atwerpen/Oxford/New York: Intersentia 2001) 231.
- De Witte:** Bruno de Witte, 'The Closest Thing to a Constitutional Conversation in Europe. The Semi-Permanent Treaty Revision Process', in: P. Beaumont e.a. (red.), *Convergence and Divergence in European Public Law* (Oxford: Hart Publishing 2002) 39.
- De Witte:** Bruno de Witte, 'Do Not Mention the Word. Sovereignty in Two Europhile Countries: Belgium and the Netherlands', in: Neil Walker (red.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing 2003) 351.
- De Witte:** Bruno de Witte, 'International Law as a Tool for the European Union', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 265.

LITERATUURLIJST

- De Witte:** Bruno de Witte, 'European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?', 65 *Zeitschrift für Öffentliches Recht* (2010) 141.
- De Witte:** Bruno de Witte, 'The Continuous Significance of *Van Gend en Loos*' in: Miguel Poiares Maduro en Loïc Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law: The classics of EU law revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Oxford en Portland: Hart Publishing 2010) 9.
- De Witte:** Bruno de Witte, 'Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order' in: Paul Craig en Gráinne de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law*, (Oxford: Oxford University Press 2011) 323.
- De Witte:** Bruno de Witte, 'The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism', *Steps European Policy Analysis* 2011: 6.
- De Witte:** Bruno de Witte, 'Using International Law for the European Union's Domestic Affairs', in: Enzo Cannizzaro, Paolo Palchetti en Ramses A. Wesel (red.), *International Law as Law of the European Union* (Leiden en Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2011) 133.
- De Witte en Beukers:** Bruno de Witte en Thomas Beukers, 'The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: *Pringle*', 50 *Common Market Law Review* (2013) 805.
- Wolff:** Heinrich Amadeus Wolff, 'Das Verhältnis von Rechtsstaatprinzip und Demokratieprinzip', in: Dietrich Murswiek en Helmut Quaritsch, *Staat – Souveränität – Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtsdag* (Berlijn: Duncker & Humblot 2000) 87.
- Wood:** Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, (Chapel Hill en Londen: University of North Carolina Press 1998).
- Wouters:** Jan Wouters, 'De betekenis van de grondwet voor de Europese rechtsorde vanuit het oogpunt van het Europese recht', in: *De betekenis van de grondwet voor de Europese rechtsorde*, Preadviezen 1999, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (Deventer: Kluwer 1999).

LITERATUURLIJST

Wouters: Jan Wouters, 'Bronnen van internationaal recht', in: Nathalie Horbach, René Lefeber en Olivier Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht* (Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007) 81.

Wouters en Odermatt: Jan Wouters en Jed Odermatt, 'Norms Emanating from International Bodies and Their Role in the Legal Order of the European Union', in: R. A. Wessel en S. Blockmans (red.), *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organizations* (The Hague: T.M.C. Asser Press 2013) 47.

Z

Ziller: Jacques Ziller, 'Sovereignty in France: Getting Rid of the Mal de Bodin', in: Neil Walker (red.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing 2003) 261.

Ziller: Jacques Ziller, 'Zur Europarechtfreundlichkeit des Deutschen Bundesverfassungsgerichtes: Eine ausländische Bewertung des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes zur Ratifikation des Vertrages von Lissabon', 65 *Zeitschrift für öffentliches Recht* (2010) 157.

Zoethout: C.M. Zoethout, *Constitutionalisme. Een vergelijkend onderzoek naar het beperken van overheidsmacht door het recht*, diss. Erasmus Universiteit Rotterdam (Arnhem: Gouda Quint 1995).

Zucca: Lorenzo Zucca, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA* (Oxford: Oxford University Press 2007).

Zwart: Tom Zwart, 'Een steviger opstelling tegenover het Europese Hof voor de Rechten van de Mens bevordert de rechtsstaat', *NJB* (2011) 415.

Jurisprudentielijst

België

Grondwettelijk Hof

13 juli 2005, zaak nr. 124/2005.

Cyprus

Supreme Court Cyprus

7 november 2005, zaak 294/2005.

Denemarken

Højesteret

6 april 1998, nr. I-361/1997, *Carlsen v. Rasmussen*, UfR 1998, 800H.

Duitsland

Bundesverfassungsgericht

BVerfG 29 maart 1974, 37, 271 (*Solange I*).

BVerfG 22 oktober 1986, 73, 339 (*Solange II*).

BVerfG 31 oktober 1990, 83, 37 (*Ausländerwahlrecht I*).

BVerfG 12 oktober 1993, 89, 155 (*Maastricht*).

BVerfG 7 juni 2000 102, 147 (*Bananen*).

BVerfG 18 juli 2005, 113, 273 (*Europees aanhoudingsbevel*).

BVerfG 30 juni 2009, 123, 267 (*Lissabon*).

BVerfG 6 juli 2010, 2 BvR 2661/06 (*Honeywell*).

BVerfG 7 september 2011, E 129, 124 (*Griekenland-Hilfe*).

BVerfG 28 februari 2012, 2 BvE 8/11 (*European Financial Stability Facility*).

BVerfG 19 juni 2012, 2 BvE 4/11 (*ESM/Euro-Plus-Pakt*).

BVerfG 12 september 2012, 2 BvR 1390/12 (*ESM/Fiskalpakt*).

JURISPRUDENTIELIJST

Frankrijk

Conseil Constitutionnel

CC 6 november 1962, 1962-20 DC (*Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*).

CC 15 januari 1975, 1975-54 DC (*IVG*).

CC 9 april 1992, 1992-308 DC (*Maastricht I*).

CC 2 september 1992, 1992-312 DC (*Maastricht II*).

CC 10 juni 2004, 2004-496 DC (*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*).

CC 17 november 2004, 2004-505 DC (*Traité établissant une Constitution pour l'Europe*).

CC 19 november 2004, 2004-505 DC (*Grondwettelijk Verdrag*).

CC 27 juli 2006, 2006-540 DC (*Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*).

CC 20 december 2007, 2007-560 (*Traité de Lisbonne*).

CC 27 juli 2006, 2006-540 DC (*Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*).

CC 3 december 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-I de la Constitution*, nr. 2009-595 DC.

CC 12 mei 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, nr. 2010-606 DC.

Cour de Cassation

Cass. 24 mei 1975 (*Jacques Vabre*).

Cass. 16 april 2010, nr. 10-40-001, *Aziz Melki* en nr. 10-42.002, *Selim Abdeli*.

Conseil d'Etat

CE 20 oktober 1989 (*Nicolo*).

CE 8 februari 2007, petition No. 287110 (*Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*).

Hongarije

Alkotmánybíróság

17/2004 (V.25).

Italië

Corte Costituzionale

7 maart 1964, zaak nr. 14 [1964-I] *Foro Italiano* 465.

27 december 1973, zaak nr. 183/73, *Frontini*, 18 Giur. Cost. I 2401.

Nederland

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State.

ABRvS 7 juli 1995, *AB* 1997, 117 (*Metten*).

Hoge Raad

HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, 371 (*Grenstractaat Aken*).

HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 740 (*Naamrecht*).

HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278, m.nt. J. de Boer (*alimentatie ex-vriendin*).

HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 120 (*Waterpakt*).

HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80 (*Rusttijden*).

Rechtbank

Rb. 's Gravenhage 1 juni 2012, *JB* 2012/174 (*ESM*).

Polen

Trybunal konstytucyjny

11 mei 2005, zaak K 18/04 (*Toetredingsverdrag*).

27 april 2005, zaak P 1/05.

Spanje

Tribunal constitucional

1 juli 1992, nr. 1236/92, *Rev. Inst. Eur.*, 1992, 633.

13 november 2004, DTC 1/2004, (*Grondwettelijk Verdrag*).

JURISPRUDENTIELIJST

Tsjechië

Ústavní soud

8 maart 2006, Pl. ÚS 50/04 (*Suikerquota III*).

3 mei 2006, Pl. ÚS. 66/04 (*Europees Arrestatiebevel*).

26 November 2008, Pl. ÚS 19/08 (*Lissabon I*).

3 November 2009, Pl. ÚS 29/09 (*Lissabon II*).

31 januari 2012 XVII, Pl. ÚS 5/12 (*Slowaakse pensioenen*).

Verenigde Staten

U.S. Supreme Court

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

Martin v. Hunter's Lessee, 14 U.S. 304 (1816).

Texas v. White, 74 U.S. 700 (1869).

Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).

Gitlow v New York, 268 U.S. 652 (1925).

Brown v Allen, 344 U.S. 443 (1953).

Jacobellis v Ohio, 378 U.S. 184 (1964).

Katzenbach v. McClung, 379 U.S. 294 (1964).

Medellín v. Texas, 552 U.S. 491 (2008).

National Federation of Independent Business v Sebelius, 567 U. S. (2012).

Verenigd Koninkrijk

The Supreme Court of Judicature, Queen's Bench Division, Divisional Court

Thoburn v. Sunderland City Council (Metric Martyrs Case), 2003, Q.B. 151.

Internationaal recht

Permanent Hof van Internationale Justitie

S.S. 'Lotus' (France v. Turkey), 1927, *PCIJ*, Series A. No. 10.

Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928 *PCIJ*, (ser. B) No. 15 (Mar. 3).

Customs Régime between Germany and Austria, Advisory Opinion, 1931, *PCIJ*,

Series A/B, No. 41, 57.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
Matthews v United Kingdom, 28 EHRR 361.

Europese Unie

Hof van Justitie

Zaak 1/58, *Friedrich Stork* [1959] ECR 45.
Zaak 13/61, *De Geus/Bosch* [1962] ECR 45.
Zaak 25/62, *Plaumann* [1963] ECR 207.
Zaak 26/62, *Van Gend & Loos* [1963] ECR 3.
Gevoegde zaken 28-30/62, *Da Costa en Schaake* [1963] ECR 31.
Zaak 40/64, *Sgarlata* [1965] ECR 268.
Zaak 90/63 en 91/63, *Commissie v Luxemburg en België (Melkpoeder)* [1964] ECR 631.
Zaak 6/64, *Costa/ENEL* [1964] ECR 1203.
Zaak 29/69, *Stauder* [1969] ECR 419.
Zaak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125.
Zaak 22/70, *Commissie v Raad (AETR)* [1971] ECR 263.
Zaak 8/74, *Dassonville* [1974] ECR 837.
Zaak 166/73, *Rheinmühlen I* [1974] ECR 33.
Zaak 181/73, *Haegeman* [1974] ECR 449.
Zaak 146/73, *Rheinmühlen II* [1974] ECR 139.
Zaak 41/74, *Van Duyn* [1974] ECR 1337.
Zaak 36/75, *Rutili* [1975] ECR 1219.
Zaak 45/75, *Defrenne* [1976] ECR 480.
Zaak 33/76, *Rewe-Zentralfinanz* [1976] ECR 1989.
Zaak 45/76, *Comet* [1976] ECR 2043.
Zaak 106/77, *Simmmenthal* [1978] ECR 585.
Zaak 106/77, *Simmmenthal II* [1978] ECR 629.
Zaak 120/78, *Cassis de Dijon* [1979] ECR 649.
Zaak C-44/79, *Hauer* [1979] ECR 3727.
Zaak 138/79, *Roquette Frères (Isoglucose)* [1980] ECR 3333.
Zaak 283/81, *CILFIT* [1982] ECR 3415.
Zaak 294/83, *Les Verts* [1986] ECR 1339.
Zaak 14/83, *Von Colson en Kamann* [1984] ECR 1891.

JURISPRUDENTIELIJST

Zaak 314/85, *Foto-Frost* [1987] ECR 4199.
Zaak 222/84, *Johnston* [1986] ECR 1651.
Zaak 379/87, *Groener* [1989] ECR 3967.
Zaak 103/88, *Fratelli Costanzo* [1989] ECR 1839.
Zaak C-2/88, *Imm. Zwartveld* [1990] ECR I-3365.
Zaak C-106/89, *Marleasing SA* [1990] ECR I-4135.
Zaak C-213/89, *Factortame I* [1990] ECR I-2433.
Zaak C-260/89, *ERT* [1991] ECR I-2925.
Zaak C-300/89, *Commissie v Raad (Titaniumdioxiderichtlijn)* [1991] ECR I-02867.
Gevoegde zaken C-6 en C-9/90, *Francovich en Bonifaci* [1991] ECR I-5357.
Zaak C-159/90, *Grogan* [1991] ECR I-4685.
Zaak C-369/90, *Micheletti* [1992] ECR I-04239.
Zaak C-168/91, *Konstantinidis* [1993] I-01191.
Zaak C-314/91, *Weber* [1993] ECR I-1093.
Gevoegde zaken C-430 en C-431/93, *Van Schijndel & Van Veen* [1995] ECR I-4705.
Zaak C-473/93, *Commissie v Luxemburg* [1996] ECR I-3207.
Zaak C-72/95, *Kraaijeveld* [1996] ECR I-5403.
Zaak C-124/95 *Centro-Com* ECR [1997] I-00081.
Zaak C-338/95, *Wiener* [1997] ECR I-6495.
Zaak C-85/96, *Martínez Sala* [1998] ECR I-2691.
Zaak C-224/97, *Ciola* [1999] ECR I-2517.
Gevoegde zaken C-10/97 en C-22/97, *Ministero delle Finanze v IN.CO.GE.'90 Srl e.a.* [1998] ECR I-06307.
Zaak C-285/98, *Kreil* [2000] ECR I-00069.
Zaak C-376/98, *Tabaksreclame* [2000] ECR I-8419.
Zaak C-184/99, *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193.
Zaak C-413/99, *Baumbast* [2002] ECR I-7091.
Zaak C-15/00, *Commissie v Europese Investeringsbank*, [2003] ECR I-7281.
Zaak C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores* [2002] ECR I-6677.
Zaak C-60/00, *Carpenter* [2002] ECR I-6279.
Zaak C-112/00, *Schmidberger* [2003] ECR I-5659.
Zaak C-129/00, *Commissie v Italië* [2003] ECR I-14637.
Zaak C-136/00, *Danner* [2002] ECR I-8147.
Zaak C-453/00, *Kühne & Heitz* [2004] ECR I-837.
Zaak C-109/01, *Akrich* [2003] ECR I-9607.
Zaak C-117/01, *K.B. v NHS* [2004] ECR I-541.

Zaak C-224/01, *Köbler* [2003] ECR I-10239.
 Zaak C-36/02, *Omega Spielhallen* [2004] ECR I-9609.
 Zaak C-148/02, *Garcia Avello* [2003] ECR I-11613.
 Zaak C-200/02, *Zhu en Chen* [2004] ECR I-9925.
 Zaak C-263/02 P, *Jégo Quéré* [2004] ECR I-3425.
 Zaak C-105/03 *Pupino* [2005] ECR I-2355.
 Zaak C-459/03, *Commissie v Ierland (Mox Plant)* [2006] ECR I-4635.
 Zaak C-461/03, *Gaston Shul* [2005] ECR I-1051.
 Zaak C-495/03, *Intermodal Transports* [2005] ECR I-8151.
 Gevoegde zaken C-317 en C-318/04, *Passagiergegevens* [2006] ECR I-4721.
 Zaak C-144/04, *Mangold* [2005] ECR I-9981.
 Zaak C-145/04, *Spanje v Verenigd Koninkrijk* [2006] ECR I-07917.
 Zaak C-234/04, *Kapferer* [2006] ECR I-2585.
 Zaak C-300/04, *Eman en Sevinger* [2006] ECR I-08055.
 Zaak C-423/04, *Richards* [2006] ECR I-3585.
 Zaak C-119/05, *Lucchini* [2007] ECR I-6199.
 Zaak C-341/05, *Laval un Partnieri* [2007] ECR I-11767.
 Gevoegde zaken C-402/05 P & C-415/05 P, *Kadi en Al-Barakaat* [2008] ECR I-06351.
 Zaak C-303/05, *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633.
 Zaak C-210/06, *Cartesio* [2008] ECR I-9641.
 Zaak C-212/06, *Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering v Vlaamse regering* [2008] ECR I-01683.
 Zaak C-409/06, *Winner Wetten* [2010] ECR I-8015.
 Zaak C-445/06, *Danske Slagterier* [2009] ECR I-2119.
 Zaak C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine* [2008] ECR I-9895.
 Zaak C-213/07, *Michaniki* [2008] ECR I-9999.
 Zaak C-555/07, *Küçükdeveci (Mangold II)* [2010] ECR I-00365.
 Zaak C-135/08, *Rottmann* [2010] ECR I-01449.
 Zaak C-154/08, *Commissie v Spanje* [2009] ECR I-00187.
 Zaak C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri v Regione autonoma della Sardegna* [2009] I-10821.
 Gevoegde zaken C-379/08 en C-380/08, *ERG* [2010] ECR I-2007.
 Zaak C-34/09, *Ruiz Zambrano* [2011] ECR I-0117.
 Zaak C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* [2010] ECR I-13693.
 Zaak C-434/09, *McCarthy* [2009] ECR I-03375.
 Gevoegde zaken C-188/10 en C-189/10 *Melki* [2010] ECR I-05667.
 Gevoegde zaken C-411/10 en C-493/10, *N.S. v Secretary of State for the Home*

JURISPRUDENTIELIJST

Department [2011] ECR I-13905.

Zaak C-617/10, *Akerberg Fransson*, 7 mei 2013, nng.

Zaak C-256/11, *Murat Dereci* [2011] ECR I-11315.

Zaak C-399/11, *Melloni*, 2 oktober 2012 nng.

Zaak C-286/12, *Commissie v Hongarije*, 6 november 2012, nng.

Zaak C-370/12, *Pringle*, 27 november 2012, nng.

Adviezen Hof van Justitie

Advies 1/76 [1977] ECR 741.

Advies 1/91 (*EEA*) [1991] ECR I-6079.

Advies 2/94 (*EVRM*) [1996] ECR I-1759.

Advies 1/00 (*ECAA*) [2002] I-3493.

Advies 2/00 (*Cartegena*) [2001] ECR I-9713.

Advies 1/09 [2011] ECR I-01137.

Gerecht

Zaak T-115/94, *Opel Austria* [1997] II-00039.

Zaak T-306/-1, *Al-Barakaat* [2005] ECR II-03533.

Zaak T-315/01, *Kadi* [2005] ECR II-03649.

Conclusies

A-G Roemer in Zaak 26/62, *Van Gend & Loos* [1963] ECR 3.

A-G Lagrange in Zaak 6/64, *Costa v. ENEL* [1964] ECR 1203.

A-G Jacobs in Zaak C-168/91, *Konstantinidis* [1993] I-01191.

A-G Jacobs in Zaak C-338/95, *Wiener* [1997] ECR I-6495.

A-G Léger in C-224/01, *Köbler* [2003] ECR I-10239.

A-G Colomer in Zaak C-303/05, *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633.

A-G Maduro in Gevoegde zaken C-402/05 P & C-415/05 P, *Kadi & Al-Barakaat* [2008] ECR I-06351.

A-G Ruiz-Jarabo Colomer in Zaak C-461/03, *Gaston Shul* [2005] ECR I-1051.

A-G Maduro in Zaak C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine* [2008] ECR I-9895.

A-G Maduro in Zaak C-213/07, *Michaniki* [2008] ECR I-9999.

A-G Kokott in Zaak C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri v Regione autonoma della Sardegna* [2009] ECR I-10821.

A-G Maduro in Zaak C 135/08, *Rottmann* [2010] ECR I-01449.

A-G Sharpston in Zaak C-34/09, *Ruiz Zambrano* [2011] ECR I-0117.

Personen- en zakenregister

- Akkoord van Luxemburg, 183, 185, 385
- Amerikaanse Revolutie, 39, 42, 65
- Arendt, H., 41-44, 47, 50-51, 55, 59, 61, 65-70, 72-73, 75-76, 83, 340
- Autonome rechtsorde, 9, 14, 113, 137-138, 145-146, 148-149, 151-152, 154, 156, 158, 168, 169, 180, 188, 194, 200-204, 219, 222, 250, 266, 269, 275-278, 280-283, 297, 299, 302, 309-310, 344-345, 347-349, 351, 353, 372, 378, 384, 398, 401, 407-408, 413, 417-418
- Barents, R., 14, 123, 135, 146, 151-162, 169, 171, 176, 180, 186, 202, 204-206, 220, 228, 230, 242, 270, 272-273, 286, 311, 316, 349-352, 363, 372-373, 392,
- Baudet, T., 120, 306, 342
- Besselink, L.F.M., 45, 86, 91, 94, 96, 108, 115, 119-124, 132, 141, 157, 167, 169, 173-174, 177, 196, 203, 231, 241, 243, 247, 257, 264, 266, 270, 302, 310, 320, 329-330, 348, 378, 390
- Bismarck, O. von, 36
- Bodin, J., 14-18, 20-21, 24-25, 33, 35, 39, 52, 82, 86, 113, 249, 260, 340, 345, 383
- Bogdandy, A. von, 6, 35, 42, 85, 155, 157, 162-163, 178-179, 181, 196, 219, 241-243, 247, 249, 266, 279, 288, 301, 312, 324, 326-327, 378
- Bundesverfassungsgericht*, 81-82, 95-97, 100-104, 106, 154-155, 157, 162, 187, 189, 191, 193, 197, 199, 205, 215-216, 227, 235-236, 241, 249, 257-259, 262-265, 272-273, 287, 302, 308, 318, 332, 389, 394, 398-400, 403
- Burgerschap, 9, 135, 150, 158, 164, 178-179, 236-237, 240, 245-246, 268, 273-275, 277, 300-303, 307-311, 316, 319, 320-330, 343, 359, 413
- Conseil Constitutionnel*, 88-90, 93-94, 154, 155, 248, 374
- Constitutioneel pluralisme
- Multilevel constitutionalisme, 196-201, 205, 207, 209, 250, 262, 265-269, 271-272, 275, 284, 313, 315-317, 335, 349, 417
- Normatief pluralisme, 196, 200-206, 209, 275, 330, 332, 334-335, 417
- Politiek pluralisme, 196, 204-205, 209, 233, 250, 276, 313, 315-316, 349, 352, 416, 418
- Costa/ENEL*, 3, 94, 106, 122-124, 128, 139, 141-153, 156, 158,

PERSONEN- EN ZAKENREGISTER

- 168, 172, 182, 183, 188, 194,
201, 203, 206, 219, 226, 236,
276-278, 280-285, 291, 297, 299,
301, 308-310, 350, 369, 371,
379-381, 384-385, 395, 416
- Directe werking, 9, 122-124, 137-
145, 149, 151-152, 158, 165,
166, 177, 180, 191, 211-212,
220, 234-235, 278, 283, 298,
309, 311, 323, 346-348
- Dualisme
Duale democratie, 3, 269-270,
359
Politische Existenz, 360, 363,
365, 389
- Eenheid
Politieke eenheid, 26, 51-55, 60,
68, 71, 100, 316, 319, 334,
336, 368-369, 412
Rechtseenheid, 4, 144-145, 148,
187, 225, 283-285, 310, 343,
345, 350, 379
- ESM-Verdrag, 107, 136-137, 236,
390, 392-401, 403-405, 408
- Eurocrisis, 3, 5, 10, 84, 107-108,
131, 135, 137, 182, 236, 305-
307, 344, 369, 377, 389-390,
395, 396, 399, 401, 403-408,
420-421
- Europees Parlement, 3, 45, 103,
106, 134, 150, 167, 169, 172,
186, 189, 264, 268, 270, 288-
289, 291, 297-299, 303, 305,
310, 356, 372, 384, 386, 387,
397-398, 400-402, 414, 416
- Ewigheidsklausel*, 189, 248, 258,
395
- Franse Revolutie, 2, 8, 23, 27, 29-
31, 39, 41-43, 45, 59, 65, 75, 84,
91, 170, 317, 412
- Gend & Loos, van*, 3, 106, 123,
139, 141-147, 149-151, 153, 156,
158, 168, 182-183, 186, 188,
191, 194, 206, 211-212, 219,
225-226, 276-286, 291-292, 297,
299, 301, 308-310, 371, 381,
384-385, 395, 415
- God, 3, 6, 15-16, 18, 21, 26, 31, 35,
39, 58, 66-67, 70, 74-76, 82-83,
120, 255, 260, 304, 336-340, 412
- Grundnorm*, 38, 62-63, 67, 79, 119,
195, 310, 349-350, 352, 384, 412
- Heller, H., 42, 49, 69-70, 72-74, 82,
84, 318, 333-334, 336, 351
- Herren der Verträge*, 198, 347-382,
385, 387, 413
- Heterarchie, 2, 4, 10, 166, 209, 250-
251, 267, 269, 316-317, 335,
338, 348, 353, 355, 363, 366,
410, 416-417, 419
- Hiërarchie, 2, 4, 10, 37, 88, 92, 115,
122, 153, 166, 176, 194-195,
197, 199, 201, 205, 207, 211,
215, 217, 220, 222, 224, 250-
251, 267, 269, 315, 335-336,
338, 345, 348, 350, 353, 366,
371, 410, 413, 416, 419

PERSONEN- EN ZAKENREGISTER

Hobbes, T., 15, 21-22, 25-26, 33, 52, 56, 58, 70, 78, 83, 336, 341, 380

Hogendorp, G.K. van,, 109, 112, 113-114

Hongaarse kwestie, 85, 289, 312, 327, 343, 367, 466, 484, 490

Hoogers, H.G., 3, 6, 22, 24-28, 30, 32, 36-37, 40, 59, 63, 74, 89, 92, 99, 108, 110-111, 115, 119, 122, 124-125, 236, 265, 296, 333, 342, 362, 384, 400

Identiteit, 25, 29, 37, 40, 47-48, 50, 52-53, 91, 94, 164, 178, 186, 192, 199-200, 206, 209, 226-227, 233, 238-251, 263, 271, 289-290, 292-293, 296, 301, 308-309, 320, 325, 339, 343, 345, 372, 376, 379, 399, 415-416

Interne markt, 144, 147-152, 156, 161, 164, 182, 194, 228, 246, 283-284, 286, 289, 293, 309-311, 349, 351-352, 384

Jellinek, G., 15, 17-18, 21-22, 31, 35, 38, 40, 72-73

Kadi, 149, 153, 159, 168, 178, 268, 277-278, 310, 344, 378

Kelsen, H., 37-38, 42, 49, 58-64, 66-70, 72-74, 76, 79-80, 83, 308, 333

Kompetenz-Kompetenz, 104, 198-199, 206, 243, 271, 327, 347, 366, 382-383

Koskenniemi, M., 77, 79-80, 82, 342

Kumm, M., 103, 167, 200, 203-204, 206, 327, 363, 383, 453, 468

Liberalisme, 38, 42, 48-50, 54, 60, 63, 72-75, 77, 294, 340

Lindahl, H., 42, 63, 69-71, 74-76, 78, 260, 269, 284-286, 292, 296, 298-299, 308-309, 334-336, 367-368, 370, 375

Lissabon-oordeel, 81, 96, 102-103, 189-190, 196-197, 235, 241, 249, 257-259, 263-264, 274, 287, 302, 317

Locke, J., 15, 22, 24-25, 56, 59, 64, 75, 339, 341, 357, 380

Loyaliteitsbeginsel, 140, 152, 158, 177, 280, 377, 379, 405, 415

Maastricht-oordeel, 101-103, 106, 187-188, 191-195, 373, 416

MacCormick, N., 102, 193-195, 199, 203-204, 206, 316, 349

Madison, J., 1, 4, 27, 30, 49, 145, 332, 357-358, 360-361, 385

Maduro, Poiares, M., 3, 139, 150, 153, 162, 166-167, 170, 182, 184, 187, 190, 200-204, 212-213, 224, 226, 230-233, 236, 238, 245-246, 250, 258, 266, 274, 275-276, 278, 280, 285, 297, 302, 311, 316, 319, 320-321, 323-325, 327, 329-330, 333, 349, 363, 375, 385, 392, 395

PERSONEN- EN ZAKENREGISTER

Melki, 94, 215, 220, 374-375

Merkel, A., 347, 369, 402, 405

Middelaar, L. van, 6, 7, 165, 175, 182, 185, 289-290, 293, 307-309, 380-381, 387-388, 396, 415

Middeleeuwen, 6, 14, 16, 18, 20, 38-39, 52, 68, 70, 75-77, 82, 333, 335-338, 340-343, 406, 410, 412

Monnet, J., 135, 156, 183-184, 236, 356

Montesquieu, 22, 61, 64, 75, 113

Nationale parlementen, 107, 169, 251, 272, 372, 376, 388, 397, 398, 403

Paradox van soevereiniteit, 68, 266, 272, 309, 368

Pernice, I., 132, 153, 174, 180, 196-200, 238, 241-243, 250, 266-267, 280, 285, 306, 348, 388, 461-462

Pouvoir constituant, 53, 71, 255, 304

Pouvoir constitué, 8, 28-29, 37, 39, 71, 84, 91, 97-98, 101, 114, 260, 284-286, 296-298, 300, 329, 332, 337, 353, 383, 412, 415

Prejudiciële procedure, 94, 138, 141, 151, 209-219, 222-226, 279, 298, 371, 374-375, 378, 392, 415, 418

Pringle, 3, 137, 390, 392-395, 397, 400, 405, 408

Reichsverfassung van 1871, 99, 105, 171-172, 457

Representatie, 26-30, 32, 37, 40, 49, 52-53, 55, 70-71, 74, 110, 268-269, 286, 291, 295-297, 334, 362, 368

Respublica Christiana: zie Middeleeuwen

Romeinen, 67, 70, 343

Rompuy, H.A. van, 136, 307, 398

Rottmann, 236, 245, 258, 274-275, 308-310, 319, 321-322, 326, 328, 330

Rousseau, J.J., 15, 20, 22, 24-27, 29-30, 32, 37, 39, 40-41, 51, 56, 58-59, 66, 73, 75, 77-78, 82-83, 86, 104, 197, 267, 312-313, 317, 353, 380

Ruiz Zambrano, 237, 308-310, 322, 324-326, 359, 372, 379

Rutte, M., 307, 377, 411, 421

Schmitt, C., 14, 17, 21-23, 31-32, 36-38, 40, 42, 44, 48-55, 57-59, 61-64, 67, 69, 71-74, 77-80, 83, 100, 105, 117, 172, 197, 269, 294-296, 302, 305, 333-334, 347, 358, 360-371, 375, 383, 389-390, 404-405, 407, 419

Schuman, R., 165, 183, 355

Sieyès, E.J., 27-30, 32, 37, 39-41, 48, 51, 53, 58, 66, 77, 86, 268

PERSONEN- EN ZAKENREGISTER

Slowaakse pensioenen, 155, 217, 243, 262-263, 283, 346, 373, 374

Solange, 102, 106, 155, 157, 188, 216, 227, 231-232, 239, 301, 312, 324, 326-327, 371

Sovereignty of Parliament, 112, 114

Stabiliteitsverdrag, 124, 136, 385, 390-391, 394-396, 397, 398, 399-401, 405, 465

Uitzonderingstoestand, 36, 51, 54, 117, 305-306, 389-390, 395, 404, 407, 420

Ústavní soud, 155, 216-217, 257, 258-259, 261-264, 266, 272, 369,

Verfasster politischer Primärraum, 197, 259, 265-266, 272, 302, 355

Voorrang, 9, 23, 57, 93, 106, 118-119, 122, 124, 138-142, 145, 147, 149, 152, 156, 158, 160, 165-166, 172, 175, 177, 180, 184, 187-188, 191, 194, 199,

202, 205-206, 219-221, 223, 231, 233-234, 241-244, 246, 276, 278-280, 283, 298-299, 309, 333, 347-348, 350, 352, 361, 363, 374, 377-380

Walker, N., 33, 53, 56-60, 63, 67, 70, 72, 81, 87, 91, 97, 120, 169, 174, 200-205, 265, 268, 295, 300, 302, 304, 311, 332, 345, 348-349, 363

Weiler, J.H.H., 68, 90, 96-97, 103, 132, 134, 138, 155, 157, 159, 166, 174-175, 178, 180-185, 187, 190-193, 195, 199, 225, 227, 230, 238, 292, 297, 299-300, 317, 333, 360, 366

Westfalen, 5, 18-19, 77-78, 341, 342, 344, 345, 346, 349, 409, 419

Witte, B. de, 6, 90, 93, 102, 104, 120, 123, 126, 134, 139, 141-142, 146, 151, 276, 278-282, 344, 348, 381-382, 384, 386, 392, 394

Curriculum vitae

Jan Willem van Rossem (Rotterdam, 1979) studeerde Rechten aan de Rijksuniversiteit Groningen. Na daar in 2006 te zijn afgestudeerd in een publiekrechtelijk traject, begon hij in 2007 in Groningen aan dit promotie-onderzoek over de constitutionele grondslagen van de Europese Unie. Inmiddels is Van Rossem als universitair docent verbonden aan de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht. Daar combineert hij staatsrechtelijk onderwijs met Europees constitutioneel georiënteerd onderzoek binnen het Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (RENFORCE).